This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 925 258
HD

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

122

Die

POTIORIS NOMINATIO

im

österreichischen Vormundschaftsrecht.

Von

Prof. Dr. Leopold Pfaff.

Sonderabdruck
aus der „Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit" 1901.

Wien.
Im Selbstverlage des Verfassers.
1902.

Die

POTIORIS NOMINATIO

im

österreichischen Vormundschaftsrecht.

Von

Prof. Dr. Leopold Pfaff.

Sonderabdruck
aus der „Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit" 1901.

Wien.
Im Selbstverlage des Verfassers.
1902.

Die

POTIORIS NOMINATIO

im

österreichischen Vormundschaftsrecht.

Von

Prof. Dr. Leopold Pfaff.

Sonderabdruck
aus der „Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit“ 1901.

Wien.
Im Selbstverlage des Verfassers.
1902.

MAY 12 1921

Die Potioris Nominatio[1]) im österreichischen Vormundschaftsrecht.

I. Einleitung.

Daß es nicht dasselbe ist, wenn Zwei dasselbe thun, paßt nicht nur auf die Handlungen der Menschen, es gilt auch von der Bedeutung der Rechtsinstitute. Zwei Rechtsinstitute können äußerlich und für sich betrachtet einander überaus ähnlich sein und doch, recht besehen, blutwenig mit einander gemein haben; gehört eines davon einer älteren, das andere einer jüngeren Rechtsbildung oder Rechtsordnung an, so können sie jedes Zusammenhanges bar sein; nur von dem Standpunkte aus, von dem aus gesehen alle Rechtsordnung in der Welt als ein Ganzes erscheint, mag man sagen: Eine einmal lebendig gewesene Rechtsidee kann nie ganz verloren gehen; auch wenn sie sich in einer Gestalt ausgelebt hat, bleibt ein innerster Kern unverlierbar, und es ist sehr möglich, daß er nach Jahrhunderten in einer anderen Rechtsordnung in ganz veränderter Gestalt und Function seine Lebenskraft neu bethätigt.[2])

[1]) Unsere älteren Juristen bedienen sich dieses Namens nicht. Der Erste, der ihn angewendet hat, dürfte Kirchstetter (Commentar, 1. Auflage, 1868, S. 127) gewesen sein; hierauf findet sich der Terminus bei Carl Grafen Chorinsky. das Vormundschaftsrecht Niederösterreichs vom 16. Jahrh. bis zum Erscheinen des Jos. G. B., Wien 1878, S. 112; seit die Herausgeber von Stubenrauch's Commentar (vgl. 7. Auflage I. S. 363) den Namen gleichfalls verwenden, möchte er wohl den weitesten Kreisen geläufig geworden sein. Bei Krainz, System, findet sich zwar im Sachregister das Schlagwort potioris nominatio, aber es rührt nicht von ihm her, sondern von dem Verf. des Registers.

[2]) Vgl. Roßbach, Untersuchungen über die römische Ehe (1853) S. 88, Note 306: „Gleiche Institute berechtigen noch nicht, gleiche Motive bei der Entstehung anzunehmen." Ihering, Geist des R. R. 2. Aufl. (1866) I. S. 50 Note 19.

Einen Fall dieſer Art enthält die potioris nominatio im Vormundſchaftsrecht.[3]) Das ältere Römiſche Recht geſtattete unter gewiſſen Vorausſetzungen dem Delaten, woferne er eine andere Perſon namhaft machen konnte, die ſich für dieſe Tutel oder Cura beſſer eigne, gerichtlich zu verlangen, daß er mit dieſer Bürde verſchont und ſie vielmehr dem Nominaten aufgelegt werde.[4]) Das

[3]) Im Römiſchen Recht iſt die pot. nom. dem Vormundſchaftsrecht nicht einmal eigenthümlich. Der Verſuch, eine Ernennung dadurch von ſich abzuwenden, daß man eine Perſon nominirte, die ſich nach den maßgebenden Verhältniſſen zur Löſung der in Frage ſtehenden Aufgabe beſſer eigne, war auch bei den gewöhnlichen munera publica, zu denen übrigens die Tutel nicht einmal von altersher zählte (Pernice in der Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte XVIII (1884) Rom. Abth. S. 25 bis 28) zuläſſig, und wir begegnen ihm wieder in beſonderer Ausgeſtaltung auch bei der Beſetzung öffentlicher Aemter (zwar nicht in Rom ſelbſt, aber doch) in den Landſtädten (Mommſen, die Stadtrechte der latiniſchen Gemeinden Salpenſa und Malaca . . . in Abhandl. der kgl. Sächſ. Geſellſchaft der Wiſſenſch. III. S. 423 f). Daß ſpeciell vormundſchaftliche Delaten Verſuche machten, ſich der Ernennung zu entziehen, ſelbſt wo kein Geſetz die Zuläſſigkeit des Verſuches ausdrücklich ausſprach (ob aus der früheſten Erwähnung dieſes Rechtsmittels in Fr. Vat. §. 210 auf die Einführung desſelben durch eine oratio Divi Marci geſchloſſen werden dürfe, wie Voigt Röm. Rechtsgeſch. II. 1899 S. 611 Note 118 meint, iſt ſehr unſicher), iſt nur zu ſehr begreiflich: Die Ablehnung der Ernennung mit der Motivirung, der Nominirte tauge nach ſeinen Qualitäten und Verhältniſſen beſſer für das Amt, ſah ja aus, als ſei ſie nur aus gemeinnützigen Erwägungen hervorgegangen. Jedenfalls ſpricht Vieles für Keller's Annahme, daß der fragliche Verſuch immer häufiger und aus allen möglichen Gründen (Fr. Vat. §. 158 ſprechen von einer promiscua facultas potioris nominandi) unternommen wurde und mit der Zeit dem feſten, geregelten Gange der Tutelarjurisdiction wie der vormundſchaftlichen Verwaltung gefährlich geworden ſei. Gegen dieſe Gefahren gab es in Rom jenes Gegengewicht nicht, das in einer Obervormundſchaft im modernen Sinne gelegen geweſen wäre. Umſo begreiflicher iſt es, daß die pot. nom. erſt weſentlich eingeſchränkt wurde und im ſpäteren Rechte verſchwand. Vgl. Zimmern, Geſch. des Röm. Priv. R. bis Juſtinian, I (1826) S. 914, Keller, Inſtitutionen, Grundriß und Ausführungen (1861) §. 258. Ueber den Begriff der munera, ihre Eintheilungen, vacatio, excusatio, immunitas vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgeſchichte I. (1885) S. 605 ff. und ſehr eingehend Kuhn, die ſtädtiſche und bürgerl. Verfaſſung des Röm. Reiches bis auf die Zeiten Juſtinians, I. (1864) S. 35 ff.

[4]) Es ſei geſtattet, hier an die nachſtehenden Beſtimmungen des Röm. Rechtes zu erinnern: Der Delat konnte von der Vormundſchaft loszukommen verſuchen entweder durch das Vorſchützen einer excusatio oder durch pot. nom. Die erſte enthielt die Ablehnung der deferirten (möglicherweiſe ſogar die Niederlegung der ſchon übernommenen) Tutel auf Grund einer durch die Beſtellung verletzten Immunität; die pot. nom. dagegen die Ablehnung der Delation auf Grund des Vorſchlages eines paſſenderen Subjectes ohne Anführung eigener Verhinderungsgründe (Rudorff, das Recht der Vormundſchaft . . . II. S. 6, 15.). Das Verhältniß beider zu einander iſt dieſes: Wer nominirt, verliert dadurch die Möglichkeit, nachher noch eine Excuſation für ſich geltend zu machen, denn er anerkennt eben durch die Nomination, daß er zur Uebernahme der Tutel verpflichtet iſt; darum nominirte man in der Regel nur dann, wenn man ſich bewußt war, keinen Excuſationsgrund zu haben oder ihn nicht

Institut ist in den Vaticanischen Fragmenten sehr ausführlich behandelt, im Justinianischen Recht aber so gut wie verschwunden. Gleichwohl finden wir in modernen Gesetzgebungen,

---

beweisen zu können. Dagegen nach erfolgloser Excusation blieb die Nomination noch immer zulässig, wofern die gesetzliche Frist noch nicht verstrichen war, wie auch unter der gleichen Voraussetzung auf eine erfolglose erste Nomination eine zweite folgen konnte, die den gewünschten Erfolg haben mochte. Nur freilich blieb der Nominant auch bei erfolgreicher Nomination in subsidiarer Haftung für den von ihm Nominirten. Schon darum darf man glauben, daß der praktische Gebrauch der Nomination doch kein sehr umfassender gewesen sein kann. Nach der gleichen Richtung wirkten aber auch folgende Rechtssätze: Die Zulässigkeit der Nomination hing ab: 1. davon, daß die deferirte Vormundschaft munus publicum war; schon darum war sie nicht zulässig bei der gesetzlichen wie bei der testamentarischen tutela mulierum; 2. von der Rechtsgiltigkeit der Delation; gegen eine nichtige Delation genügte die (nicht an die Fatalien und Proceßformen der Nomination gebundene) Nichtigkeitsbeschwerde; 3. daß der Nominant als Dativvormund berufen war; endlich 4. mußte der Nominirte den Nominirenden an Geschäftstüchtigkeit für diese Vormundschaft übertreffen, worüber im älteren Rechte blos das Ermessen des Magistrates maßgebend gewesen zu sein scheint (Rudorff II. S. 10 bis 14, 159). Noch weit mehr aber wurde das Anwendungsgebiet der Nomination beschränkt durch die Oratio Severi von 195 n. Ch. Es sollten fortan von der pot. nom. nicht Gebrauch machen dürfen die Corporationsgenossen des Mündels und des Vaters des Mündels, sowie des Mündels Cognaten und Affinen von der Vater- und der Mutterseite bis zum sechsten Grade und aus dem siebenten der sobrino sobrinave natus, ferner die Gatten dieser Personen und Jene, die sich in der Gewalt der Letzteren befinden; bei der Cura auch jene Cognaten des eigenen Ehegatten und wer jemals selbst dessen Gatte oder nächster Affine (vitricus, privignus) gewesen war; umgekehrt sollten nur die eben genannten Personen (die also dann nicht selbst einen Anderen nominiren konnten) von Anderen als potiores vorgeschlagen werden dürfen. Auch sollte Niemand blos wegen der größeren Nähe seines Wohnortes (vicinitatis jure) als potior erscheinen. Dem libertus, der zur Vormundschaft über die Kinder des Patrons berufen wurde, war die potioris nominatio ganz versagt, während sie zulässig war bei der Vormundschaft über den nepos patronae und ex filia patroni; versagt war sie auch dem primipilarius bei Delation der Vormundschaft über die Kinder eines anderen primipilarius und endlich den vom Vater non jure ernannten, aber decreto praetoris confirmirten Tutoren, wohingegen sie den von der Mutter im Testament Ernannten nicht verwehrt war. Zudem sollte überhaupt der Nominirte in guten Vermögensverhältnissen, von unbescholtenem Rufe und nicht vom Orte der Tutel entfernt wohnhaft sein. Glück Comm. XXXII. (1829) S. 142 ff., Schweppe, Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterth. (seit der 2. Aufl. 1826; in der 3. von Gründler besorgten Aufl. 1832) §. 430 S. 749 ff, Rudorff II. S. 159 ff., Müller Lehrb. der Instit. (1858) §. 173 Note 29 S. 660, Keller a. a. O., Zimmern a. a. O. S. 910 ff., Kuntze Cursus 2. Aufl. (1879) §. 429, S. 280. Ueber das Nominationsverfahren sei nur bemerkt, daß über die Nomination in einer Verhandlung pro tribunali entschieden wurde, die contradictorisch war zwischen dem zunächst Berufenen und dem von ihm Nominirten. Bethmann-Hollweg, Der Civilproceß des gemeinen Rechts II. S. 761 f. Note 31. Im Uebrigen vgl. darüber Rudorff II. S. 185 ff., III. S. 8 ff., Keller a. a. O., Kuntze Excurse, 2. Aufl. (1880) S. 451.

insbesondere in unserem a. b. G. B. Rechtssätze, die da aussehen, als enthielten sie eine Erneuerung und Weiterbildung jenes seit mehr als einem Jahrtausend antiquirten Institutes.[5]) Auch bei uns kann es vorkommen, daß der Delat das Recht hat, eine ihm zugemuthete Vormundschaft darum abzulehnen, weil er einen passenderen Träger für sie namhaft zu machen vermag — soweit ist die Aehnlichkeit mit dem römischen Institute unleugbar vorhanden.[6]) Allerdings begegnen uns aber schon beim ersten Blick auch tiefgreifende Unterschiede: Die römische pot. nom. findet nur Platz zu Gunsten des tutor dativus, und sie ermöglicht ihm nur die Ablehnung der deferirten, nicht auch die Niederlegung der bereits übernommenen Vormundschaft; die Würdigung der Vorzüge des Nominirten scheint im älteren Rechte dem Ermessen des Magistrates anheimgegeben gewesen zu sein, erst die Oratio Severi setzte fest, daß gewisse Personen, mochten sie auch noch so tauglich für diese Tutel sein, doch nicht als potiores angesehen werden, und umgekehrt gerade die Personen, welche praktisch am häufigsten zur Vormundschaft berufen wurden, des Rechtes der pot. nom. darben sollten; zudem blieb auch der mit Erfolg Nominirende in subsidium verantwortlich für den Nominirten. In allen diesen Beziehungen hat die pot. nom. des österr. Rechtes eine andere Gestalt: Sie steht nicht nur dem Dativvormund zu; sie ermöglicht unter Umständen auch die Niederlegung einer schon übernommenen Vormundschaft; die Beschränkungen der Oratio Severi sind durch eine ganz andere Begrenzung der nicht nominirbaren Personen ersetzt; eine subsidiäre Verantwortlichkeit des Nominanten besteht nicht; und — was am wichtigsten ist — zu den Fällen, wo der berufene (und vielleicht schon amtirende)

---

[5]) Daß aber die Verfasser des a. b. G. B. eine klare Vorstellung von dem römischen Institut nicht haben konnten, ist außer allem Zweifel. Die Vaticanischen Fragmente wurden erst zehn Jahre nach der Publication des a. b. G. B. entdeckt; das Wenige aber, was Pauli Rec. Sent. und das Corpus Juris (in L. un. C. de pot. ad mun. nom. 10. 67 (65), L. 7 pr. D. de decur. 50. 2, L. 12 C. qui dare tut. 5. 34, wofern man in dieser Stelle potioris statt specialis liest) darüber sagen, ist so unzureichend, daß z. B. noch in der 7. Aufl. von Höpfner's Inst. Comm. (1818) nicht einmal der Namen der pot. nom. vorkommt. Erst die 1824 erschienene Inaug.-Diss. von A. v. Buchholtz beschäftigte sich eingehend mit der pot. nom.

[6]) Eine pot. nom. dieser Art kommt auch im französischen Rechte vor. Nach Art. 432 cod. civ. kann, wer dem Mündel nicht verwandt oder verschwägert ist, nur dann zur Annahme der Vormundschaft gezwungen werden, wenn in einer Entfernung von vier Myriametern sich kein tauglicher Verwandter oder Verschwägerter befindet. Doch ist der Fall unter den Gesichtspunkt der Excusation gestellt, und gilt auch das für diese vorgeschriebene Verfahren. Rudorff I. S. 161. Auch Glück S. 149 f. lehrte, die pot. nom. könne als eine Art Excusation angesehen werden.

Vormund einen potior vorschlagen kann (pot. nominatio im engeren Sinne), gesellen sich auch Fälle, wo umgekehrt die tauglichere Person selbst auftreten kann, um die Führung der Vormundschaft für sich in Anspruch zu nehmen.

Blicken wir auf andere Gesetzgebungen, so finden wir in ihnen Rechtssätze, in denen die Ausgestaltung der der pot. nom. zugrunde liegenden Idee abermals eine andere ist. Während es nach unserem heutigen Rechte kaum zweifelhaft sein kann, daß es Fälle gibt, in denen z. B. ein näherer Verwandter das Recht hat, woferne er nur tauglich ist, einem entfernteren Verwandten die Vormundschaft abzufordern, ist in so manchen anderen Gesetzgebungen dieses Recht sehr wesentlich alterirt. Sowie einmal der Satz aufgekommen war, daß das Vormundschaftsgericht bei der Bestellung aller Vormundschaften einzugreifen habe, blieb es zwar noch immer natürlich und war auch nicht selten vorgeschrieben, daß das Gericht sich zunächst an die Mitglieder der Familie zu halten habe, und daß es aus ihnen den Geeignetsten wähle, aber es war doch nicht streng an diese Regel gebunden. „So verwandelte sich häufig das gesetzliche Recht der nächsten Verwandten auf die Vormundschaft in den bloßen Anspruch, bei der richterlichen Ernennung besonders berücksichtigt zu werden.“ [7]) So insbesondere das preuß. Landrecht. In diesem gibt es gewiß kein Recht der vom Vater Ernannten auf die Vormundschaft, sondern der Richter hat auf sie nur „vorzüglich Rücksicht“ zu nehmen (A. L. R. II, 18 §. 172; ähnl. Sächs. G. B. §. 1886); in Ermanglung eines Testamentarius muß der Richter auf die Mutter (Fähigkeit und Willigkeit derselben vorausgesetzt) „vorzüglich Rücksicht nehmen“ (§. 186), „in Ermangelung der Mutter muß der Richter die Vormundschaft den Blutsverwandten der Pflegebefohlenen vorzüglich übertragen“ (§. 192; ähnlich Sächs. G. B. §. 1890: „soferne gegen deren Bestellung kein Bedenken vorliegt“). „Doch kann sich kein Verwandter dem Richter zum Vormunde über Pflegebefohlene aus seiner Familie aufdrängen“ und der Richter ist bei seiner Auswahl auch nicht an die Nähe des Grades gebunden (§§. 193, 194). Gleichwohl bestimmt §. 200: „Personen, welche durch Ernennung des Erblassers oder durch Familienverträge zur Führung einer Vormundschaft vorzüglich verpflichtet und berechtigt sind, können, wenn sie von dem Richter übergangen worden, auf rechtliches Gehör und Erkenntniß, nach näherer Vorschrift der Proceßordnung [8]) antragen,“ §. 201: „Eben

[7]) Stobbe, Handb. des deutschen Privatrechtes IV. 3. Aufl. (von Lehmann) S. 527 f.

[8]) Die A. G. O. für die preuß. Staaten I. 39 §. 11, 12 ordnete das Verfahren dahin: Meldung bei dem Collegium, Bescheidung auf einen nahen

diese Befugniß kommt auch der Mutter, und den zur Vormundschaft berufenen Verwandten zu, wenn der Richter mit deren Uebergehung einen Fremden dazu verordnet hat."

An diese Grundsätze lehnte sich zunächst die preuß. Vorm.-Ordnung von 1875[9]), und lehnt sich nun auch das Deutsche b. G. B. an: Abgesehen davon, daß Vormünder jetzt überhaupt seltener bestellt werden, weil auch die überlebende Mutter die elterliche Gewalt hat, gibt es (§. 1776 ff.) gesetzliche Vormünder im eigentlichen Sinne gar nicht, sondern nur eine Reihenfolge der vom Gericht zu bestellenden, und zwar ist die Reihenfolge diese: 1. der vom Vater, 2. der von der Mutter Benannte, 3. der väterliche und 4. der mütterliche Großvater; doch kommen die beiden Letzteren bei Adoptivkindern und Adoptivenkeln nicht in Betracht. Ohne ihre Zustimmung sollen diese Personen in der Regel nicht übergangen werden. Anders aber (und hier ist das Ermessen des Gerichtes viel freier, als nach der preuß. Vorm.-Odg.), wenn sie untauglich oder unfähig oder an der Uebernahme der Vormundschaft verhindert sind, oder sie auch nur verzögern, oder wenn ihre Bestellung gegen das Interesse des Mündels wäre. Werden sie ohne solche Gründe übergangen, so haben sie das Beschwerderecht nach E. G. §. 60 Nr. 4. Erhalten ist also nur ein Recht gewisser Personen, sich selbst als potiores zu bezeichnen, nicht auch das Recht, einen Anderen als potior zu nominiren.[10])

Endlich darf hier ein Vorschlag zu einer Umgestaltung der pot. nom. nicht übergangen werden, der in einer österreichischen Gesetzgebungsarbeit[11]) enthalten ist, und nicht nur darum von Interesse ist, weil er wieder eine wesentlich verschiedene Gestalt

---

Termin vor einem Deputirten desselben, Vernehmung zu Protokoll, Entscheidung durch Resolution, gegen welche Recurs zwar zulässig ist, aber ohne aufschiebende Wirkung.

[9]) Die Vormundschaft ist regelmäßig dativ. Doch haben gewisse Personen (die Adoptivmutter, der von dem die Gewalt bis zum Tode ausübenden Vater Ernannte, unter bestimmten Voraussetzungen die Mutter, sowie der von ihr testamentarisch Ernannte, der väterliche und der mütterliche Großvater) ein vom Belieben des Richters unabhängiges gesetzliches Anrecht auf Bestellung durch den Richter, u. zw. können sie binnen vier Wochen a tempore scientiae von der Bestellung eines anderen Vormundes Beschwerde erheben. Erscheint ihre Berufung den Umständen nach für den Mündel nachtheilig, so sind sie mit ihrer Zustimmung zu übergehen; erheben sie Widerspruch, so hat das Beschwerdegericht zu entscheiden. Dernburg, Lehrb. des Preuß. Priv. R. und der Privatrechtsnormen des Reiches III. Halle 1880, § 81 S. 228 f., Förster-Eccius Preuß. Priv. R. 6. Aufl. IV. (1893) S. 194 f.

[10]) Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht. II. Marburg 1899, S. 401 ff.

[11]) Referentenentwurf der Gesetze über die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit nebst Motiven. Wien 1867.

unseres Institutes darbietet, sondern auch, weil er von einem Manne herrührt, der (Motive zum Pflegschaftsgesetze S. 140) geradezu erklärt, daß die gesetzlichen Bestimmungen über eine Reihenfolge, in der die Vormundschaft zu übertragen ist, sowie das Recht der Verwandten, die Vormundschaft für sich zu verlangen, jetzt nur als Inconsequenzen angesehen werden können, die zu beseitigen sind. Nichtsdestoweniger nimmt auch dieser Entwurf §. 50 folgende Anordnungen auf:

„Der Vormund ist von der Vormundschaft zu entheben, wenn 1. ein in einer letzten Willenserklärung benannter oder vom Gesetze berufener Vormund ohne Grund übergangen wurde; ... 4. der Vormund um die Enthebung von der Vormundschaft ansucht und zugleich Jemanden namhaft macht, der zur Uebernahme derselben bereit ist, und von dem sich nach seinen Lebensverhältnissen erwarten läßt, daß er das Beste des Minderjährigen fördern werde ..." §. 51: „Ueber die Enthebung des Vormundes entscheidet der Vormundschaftsrath nach vorheriger Untersuchung des Sachverhaltes."

Zur Empfehlung dieser sich wieder dem Römischen Recht nähernden Gestaltung der pot. nom. (im Punkte 4) wird (Motive S. 153 ff.) hervorgehoben, daß ihre Gestattung unter den daselbst normirten Vorsichten eine zulässige Erleichterung der allgemeinen Bürgerpflicht, Vormundschaften zu übernehmen,[12]) bewirken würde, und daß diese Erleichterung praktisch besonders in dem Falle zur Anwendung käme, wenn einer von mehreren pflegebefohlenen Brüdern großjährig und dadurch fähig geworden wäre, die Vormundschaft über seine noch minderjährigen Geschwister zu übernehmen.

Die oben hervorgehobenen Unterschiede zwischen der potioris nominatio des römischen und der des österreichischen Rechtes, so weitgehend sie auch sind, sind doch überwiegend äußerlicher Natur. Bestünde kein tiefer gehender Unterschied, so wäre nicht ausgeschlossen, daß unsere heutige pot. nom. nur eine weitere Entwicklung der römischen wäre. Das halte ich aber für ganz ausgeschlossen. M. E. beruht unsere pot. nom. auf einem ganz anderen Grundgedanken, als die römische. Da aber keiner von unseren Schriftstellern diesen charakteristischen Unterschied scharf gesehen hat und eben darum sogar einzelne sachlich richtige Antworten auf hier einschlagende Fragen in der Luft stehen, dürfte eine eingehendere Prüfung nicht müssig erscheinen.

---

[12]) Es ist ja sehr oft darüber geklagt worden, daß diese Pflicht etwas sehr Drückendes sei. Vgl. z. B. Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes I. (Göttingen 1835) S. 97; Mittermaier im civilist. Archiv XVI. S. 204.

II. Historische Grundlagen.

Der Zweck der pot. nom. im Röm. Recht ist der, den Delaten von der Uebernahme der deferirten Vormundschaft lediglich aus dem Grunde frei zu machen, weil er überhaupt ein (im Sinne des geltenden Rechtes) tauglicheres Subject für diese Vormundschaft vorzuschlagen im Stande ist. Die Gestalt der römischen Tutel führt fast von selbst zur Zulässigkeit dieser Nomination: Den Staat und sein Organ, den Magistrat ging ja von Haus aus weder die Anordnung der Vormundschaft an, noch hatte er eine ständige Controle über ihre Führung, auch war, wie schon bemerkt, die Vormundschaft nicht von altersher munus publicum.[13]) Zwar der nächste, vom Gesetz berufene Verwandte konnte sich der Vormundschaft nicht entschlagen, aber der Grund dafür lag nicht etwa in einer allgemeinen Bürgerpflicht, sondern darin, daß er Mitglied jener Familie war, der der Mündel angehörte; er wurde denn auch nicht zum Vormund bestellt, sondern er war ipso facto kraft seiner Stellung im Verwandtenkreise Vormund.[14]) Anders der vom Vater des Mündels im Testament Ernannte; ihn zwingt als solchen kein Familienband und, daß die väterliche Ernennung schon von jeher eine rechtliche Nöthigung zur Uebernahme der Tutel geschaffen habe, dafür spricht nichts; vielmehr sagt noch Ulpian (Fragm. XI. 17) von ihm, er könne abdicare se tutela, das heißt er könne dicere, nolle se tutorem esse. Erst seitdem es nothwendig wurde, durch die Obrigkeit Vormünder zu bestellen, dürfte sich die Auffassung gebildet haben,[15]) daß die Tutel ein von jedem ordnungsmäßig Berufenen

---

[13]) Ein gewisser Gegensatz beider hat sich sogar noch in später Zeit erhalten. Pernice a. a. O. S. 26.

[14]) Man könnte auch von diesem römischen tutor legitimus sagen, er sei ein geborener Vormund.

[15]) Man pflegt sie auf die Lex Atilia zurückzuführen; doch ist alles Nähere, namentlich Zeit und Veranlassung dieses Gesetzes sehr streitig. Vgl.

zu übernehmendes munus sei.[16]) Aber auch der obrigkeitliche Tutor wurde nicht von Amtswegen, sondern auf Ansuchen (petere, postulare) des zu Bevormundenden selbst oder eines Anderen bestellt, und nichts steht der Annahme entgegen, daß schon das alte Recht die Bestimmung enthalten habe, es müsse der Antragsteller zugleich eine bestimmte Person für diese Tutel vorschlagen (tutorem nominare).[17]) Man wird zugeben müssen, daß in einem so gestalteten Vormundschaftsrechte die pot. nom. nicht als etwas Absonderliches erscheint. Wenn der die Bestellung eines Tutors Beantragende selbst schon eine bestimmte Person in Vorschlag bringen muß, warum sollte der Vorgeschlagene nicht auch seinerseits das Recht haben, einen Tauglicheren an seine Stelle vorzuschlagen? Die correcte Ausübung dieses Rechtes versprach ja nur Nutzen für den Mündel, und was die mit der Hinausschiebung des Antrittes der Vormundschaft verbundenen Gefahren anbelangt, so waren sie nicht so geartet, daß man sie nicht hätte in der Regel abwenden oder beheben können. Jedenfalls aber ist, seitdem die Vormundschaft munus publicum geworden ist, für das Römische Recht davon auszugehen, daß sie in der Regel als eine Last empfunden wurde, der sich die Delaten, wo es anging, zu entziehen trachteten — eine Thatsache, die schon durch das hoch entwickelte Excusationsrecht außer Zweifel gestellt ist.[18]) Ebenso sicher ist, daß sie in einer früheren Zeit (auch noch zu einer Zeit, da die tutela schon ausgeschieden war aus dem vielumfassenden Urbegriff der manus) überwiegend den Charakter eines Rechtes des Vormundes hatte, insbesondere die tutela legitima Conservationsmittel des künftigen Erbrechtes war;[19]) gewiß aber ist es übertrieben, wenn behauptet wird, die Tutel sei in alter Zeit blos

---

darüber neuestens Voigt, Röm. Rechtsgesch. I. (1892) S. 828 ff. Ob früher in besonderen Fällen der König (der Consul, der praetor urbanus) für Vormundlose eintrat, ist nicht minder unsicher. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II/1 (1892) S. 284 ff.

[16]) Vgl. Rudorff I. S. 3 ff., 187, 194 ff., 219; Stein in Haimerl's V. J. Schr. XVI. S. 260 ff.; Karlowa a. a. O. S. 270 f.

[17]) Rudorff I S. 406 ff., Karlowa II/1 S. 289.

[18]) Rudorff II. S. 9 ff., Bruns in Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswiss. 4. Aufl. (1882) S. 509.

[19]) Rudorff I. S. 9, 291, Unger Sächs., Entw. (1853) S. 11, 34. So begreift sich auch, daß es eine Klage gab, mit der der Agnat in gewissen Fällen der tut. mul. die ihm gebührende Vormundschaft vindiciren konnte (Rudorff I. S. 199 ff.), doch hat dieser Rechtssatz mit der pot. nom., wie sie im Röm. R. entwickelt ist, nichts gemein. Mehr als schief aber ist es, wenn der Wiener Heineccius I. S. 101 sagte, die römischen Juristen hätten die Vormundschaft „als eine Erbschaft" angesehen, und aus der Parallele mit dem letztwilligen, gesetzlichen und prätorischen Erben die drei Delationsgründe der Vormundschaft erklären will.

Recht des Tutors gewesen, sie habe nur seinen, nicht des Mündels Vortheil fördern sollen und alle für den Vormund entspringenden Pflichten seien nicht rechtlicher, sondern nur sittlicher Natur gewesen.[20])

In eigenthümlicher Weise ändert sich im Röm. Recht die Stellung der Mutter des Pupillen. Ursprünglich ist sie zu dessen Vormundschaft überhaupt nicht berufen; dann kommt es vor, daß ihr die Führung derselben im Gnadenwege bewilligt wird; hierauf erlangt sie unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf die Uebernahme der Vormundschaft, doch steht sie ihr nicht ipso jure zu, sondern der Richter muß ihr sie nur auf ihr Verlangen bewilligen; später kommt es auch auf dieses Verlangen nicht an, nur bleibt die Uebernahme doch immer etwas Freiwilliges; will sie sie aber haben, so geht sie sogar dem Großvater des Mündels vor. Ist sie zur Zeit des eingetretenen Vormundschaftsbedürfnisses noch nicht großjährig, „so wird ein obrigkeitlicher Vormund bestellt, der aber wohl wieder abgeht, wenn die Mutter dieses Alter erreicht und nun die Vormundschaft übernehmen will."[21])

Der die pot. nom. erfüllende Gedanke, den minder qualificirten Delaten durch einen potior zu ersetzen, nimmt sofort eine andere Wendung, sowie die Rechtsordnung dem Vormund in der Führung seines Amtes nicht eine Last aufbürden, sondern ihm vielmehr ein Recht im eigenen Interesse einräumen will, das heißt sobald der Schwerpunkt nach dieser Seite gelegt ist. Zwar bleibt es auch hier noch immer denkbar, daß der Delat selbst einen Anderen als potior benennt, aber ein praktisch oft vorkommender Fall wird das nicht sein; vielmehr wird hier die Frage regelmäßig in der Gestalt auftauchen, daß der potior selbst die Vormundschaft demjenigen abnehmen, sich an die Stelle dessen setzen will, der sie bereits führt, oder doch im Begriffe ist, sie zu übernehmen.[22]) Nur von diesem Ausgangspunkte aus wird die Behandlung unserer Frage im deutschen Rechte verständlich.

---

[20]) So Löhr in seinem Mag. III. Nr. 1, C. A. Schmidt der principielle Unterschied zwischen Röm. und Germ. R. (1853) S. 208 f., u. neuestens Dernburg, Pand. III. (5. Aufl.) §. 39, S. 78. Dem widerspricht schon der sichere Rechtssatz, daß die testamentarische Tutel die gesetzliche ausschloß. Karlowa S. 272 f., 293 f.

[21]) Rudorff I. S. 246 ff.

[22]) Der Wiener Heineccius I. S. 146 sagt, weil der Vormund bei uns Honorar erhält, „daher ist es gewöhnlicher, daß man Vormundschaften suche, als daß man sich von denselben entschuldigt". Vgl. Chr. Kyblin a Waffenburg, Tract. nov. different. jur. rom. et bohemici (Prag 1663) Pars IV. de tutelis. Nachdem er den Unterschied von Tutel und Cura erwähnt, folgt sofort (p. 208 sqq.) die Differenz, daß die Tutel nach gemeinem Rechte „gratis administratur", während nach dem neuesten Rechte des König-

Zwar hat die herrschende Lehre geraume Zeit daran festgehalten, die Vormundschaft sei schon im ältesten deutschen Rechte ein im Interesse und zur Fürsorge für den Mündel wegen seiner Schutz- und Hilfsbedürftigkeit bestehendes Institut. Die Neueren aber nehmen mehr und mehr an, daß diese Charakteristik erst auf die Vormundschaft paßt, wie sie sich seit dem 13. Jahrhundert ausgebildet hat, und daß diese ein ganz anders geartetes Institut ist, als die Vormundschaft der ersten Hälfte des Mittelalters.[23]) Diesen Neueren ist die germanische munt ursprünglich kein „Schutzverhältniß im Interesse des Untergebenen, sondern Gewalt im Interesse des Hausherrn," „reine Macht", „eine der alten römischen manus gleiche reine Gewalt und Herrschaft"; ihre Motive liegen „in dem Interesse der einheitlichen Leitung des Hauswesens durch den, der es zu vertreten hat", nicht aber (wie Kraut I. S. 24 ff. annimmt) in der factischen oder juristischen Waffenunfähigkeit des Bevormundeten; vielmehr darf dieser eben darum, weil er der munt unterworfen ist, die Waffen nicht führen ohne Erlaubniß des Muntwalts,[24]) und die Vormundschaft besteht über ihn nicht zur Wahrung seiner Interessen, sondern zur Sicherung des Vermögens.

Die älteste Vormundschaft[25]) über Unmündige wie über Weiber ist die Gesammtvormundschaft der Sippe. Diese bestellt, wenn nöthig, eines ihrer Mitglieder zur Verwaltung des Mündelgutes unter ihrer Aufsicht.[26]) Aus der Sitte, den nächsten Magen

reichs, der L. O. v. 1627 bei einem Pupillareinkommen von nicht mehr als 20.000 Schock Groschen $^1/_6$ dem Vormund zufalle, und bei größerem Einkommen der König die Höhe des recompens bestimme.

[23]) Um dieses neuere Vormundschaftsrecht zu schaffen, mußte eine ganz erstaunliche Fülle rechtsbildender Factoren zusammentreffen, die aus dem, was ursprünglich nur ein Recht war, eine Pflicht machten: Heusler, Institutionen des deutschen Privatr. II. (Leipzig 1886) S. 481 f., 488 f., 498 f.

[24]) So am schärfsten Heusler a. a. O. I. (1885) S 105, 108, 114, 119, II. S. 408. Vgl. Stobbe, Handb. d. deutsch. Pr. R. IV. 3. Aufl. (v. Lehmann) 1900. S. 512: „... entsprechen die vormundschaftlichen Grundsätze des alten Röm. R. denen des früheren Mittelalters, die des classischen Röm. R. denen des späteren Mittelalters und der folgenden Zeit"; Gengler, das Deutsche Priv. R. in seinen Grundzügen, 4. Aufl. (1892) S. 589 mit S. 613 f.; v. Hahn, die mat. Uebereinstimmung der röm. und germ. Rechtsprincipien (1856) S. 287 f. Die im Text erwähnte Aufstellung Kraut's lehnt schon Rive ab in seiner Geschichte der deutschen Vormundschaft I. (1862) S. XXI f., 28, 78 f., 188 ff. Aber auch Kraut selbst (I. S. 231 ff.) vertritt die Meinung, daß die „rechte Vormundschaft ursprünglich nicht so sehr wie eine Pflicht, als vielmehr wie ein Recht des dazu Berufenen betrachtet" wurde.

[25]) Zum Folgenden bes. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. I. (Leipz. 1887) S. 89 f., 222 ff., Heusler I. S. 129, II. S. 482 ff. Vgl. auch Rive I. S. XIII f., Stobbe (-Lehmann) S. 521 ff.

[26]) Ein Rest dieser uralten Vormundschaft der Familiengesammtheit findet sich noch in dem Entwurf der oberösterr. Landtafel von 1609, wonach im

des Mündels zu dieser Verwaltung zu bestellen, hat sich dann weit und breit der Rechtssatz entwickelt, daß der nächste männliche Verwandte[27]) kraft seiner Geburt zum Vormund berufen sei; damit ist an die Stelle des von der Sippe gekorenen der geborene Vormund getreten und die Munt als Herrschaftsbegriff hat von nun an ihren Sitz in der Familie als Hausgenossenschaft — die Sippe behält nur die Obervormundschaft. Die Hauptregel ist nun: Der nächste Schwertmagen hat das unentziehbare[28]) Recht auf die Vormundschaft über die demselben Hause entsprossenen vormundschaftsbedürftigen Glieder.[29]) Die Staatsgewalt hat in Vormundschaftssachen am frühesten und kräftigsten im longobardischen Recht eingegriffen; im fränkischen Reiche ist es zu einer vollen Entwickelung der staatlichen Obervormundschaft nicht gekommen. Seit Karl M. ist zwar davon die Rede, es sei die Aufgabe des Königs, den Witwen, Waisen und Unvermögenden maximus defensor zu sein. Praktisch scheint aber diese Königsvormundschaft durchaus nicht vorhanden gewesen zu sein.[30])

Gewisse Unterschiede zwischen der Rechtsstellung des römischen und des germanischen Vormundes begreifen sich aus dem Gesagten von selbst. Der Tutor, so frei er auch von altersher verwaltet, muß doch, wenn auch nur bei Beendigung seines Amtes,

---

Grafen-, Herren- und Ritterstande die nächsten Blutsfreunde, wenn kein Testament vorhanden war, den tauglichsten nächsten Blutsverwandten zum Vormund — der keiner Confirmation bedarf — erwählen. Chorinsky a. a. O. S. 62, 141 f. Seine Vermuthung (S. 63), daß es in Niederösterreich auch nicht anders gewesen sei, ist nun bestätigt durch das sog. Schönkirchnerbuch, Buch VI. Tit. 1, §. 1.

[27]) Dabei ist freilich das, was die Quellen über die Ordnung enthalten, in der die Schwertmagen zur Vormundschaft berufen sind, „leider sehr dürftig". Kraut I. S. 186, 189.

[28]) Auch der Vater des Mündels kann in diesem System der Vormundschaft keinen Vormund ernennen, denn er kann das Recht des geborenen Vormundes so wenig aufheben, wie das Erbrecht; ebenso gab es ursprünglich auch keine Vormundschaftsbestellung durch den Richter. Heusler II. S. 492 ff.

[29]) In auffallender Weise schlägt aber das Interesse des Mündels frühzeitig im isländischen Recht durch. Es müssen nämlich die entfernteren Verwandten jedem Dritten weichen, wenn dieser den Vermögensinteressen des Mündels günstigere Bedingungen unter entsprechenden Garantien bietet. Dies wird angenommen, wenn er verspricht, den Mündel auf seine Kosten zu ernähren, das Vermögen mit 10 Procent zu verzinsen, und dies alles durch Realcaution oder Bürgschaft sicherstellt. Rive I. S. 34. Etwas Aehnliches wird uns (Note 52 a. E.) in einem österr. Stadtrecht begegnen.

[30]) Doch kehrt der gleiche Gedanke noch in viel späterer Zeit wieder: In einem Rescript in Vormundschaftssachen v. 28. November 1704 nennt sich der Kaiser „obrister Vormund" (Continuation derer k. u. k. Privil., Statuten und Sanct. pragm. des Landes Schlesien, Breslau 1715, S. 586 Nr. 103); Cod. Theres. I. Cap. VI. §. 2 Nr. 12: „Der höchste Schutz und die oberste Vormundschaft über alle Waisen in Unseren Staaten ruhet bei Uns allein . . ."

Rechnung legen; der germanische Vormund braucht keine Rechnung zu legen, es genügt, daß er das Mündelvermögen ungeschmälert zurückstellt. Der Tutor, der die Tutel, die ihm deferirt ist, nicht übernehmen oder die schon übernommene niederlegen will, kann dies nur thun auf Grund einer rechtmäßigen Excusation; das deutsche Recht kennt solche Excusationen ursprünglich gar nicht; da Niemand zur Uebernahme der Vormundschaft direct gezwungen wurde, so bedurfte es keines Excusationsgrundes für die Ablehnung und ebenso konnte die Niederlegung der Vormundschaft ohne Beobachtung besonderer Formen, ohne Einhaltung eines bestimmten Verfahrens vor sich gehen;[31] das ganze Excusationswesen ist schon darum entbehrlich, weil die Führung des Amtes dem Vormund einen Vortheil gewährt, und eben darum ist auch die römische pot. nom. dem deutschen Rechte fremd; umgekehrt aber kann der germanische Vormund leicht in die Lage kommen,[32] eine ihm gebührende Vormundschaft einem Anderen abzufordern. Doch ist das normale Verhältniß gewiß dieses: In dem Augenblick des eintretenden Vormundschaftsbedürfnisses ist die rechte Vormundschaft eo ipso bei dem Berufenen, der denn auch das Recht hat, den Mündel und dessen Gut an sich zu nehmen;[33] ebenso ist klar, daß die Unfähigkeit des nächsten Schwertmagen seine Uebergehung nach sich zieht, so daß nun derjenige an die Reihe kommt, der nach ihm der Nächste ist.[34] Daneben aber sind denn doch auch Fälle möglich, wo dieses normale Verhältniß nicht vorliegt; es sind z. B. mehrere gleich nahe Schwertmagen vorhanden, und der Jüngere nimmt ohne Rücksicht auf das bessere Recht des Aelteren[35] die Vormundschaft an sich,[36] oder — seitdem auch Cognaten zur Vormundschaft zugelassen werden[37] — ein Cognat von der Vaterseite wird gegenüber einem Cognaten von der Mutterseite zurückgesetzt; in Fällen solcher Art muß doch der zu Unrecht Zurückgesetzte ein Rechts-

---

31) Kraut I. S. 228 ff., 396 f.

32) Bei der Einfachheit und Offenkundigkeit der Familienverhältnisse mag der Fall wohl in den alten Zeiten selten genug gewesen sein.

33) Kraut I. S. 227, Stobbe-Lehmann IV. S. 521. Ist dies geschehen und wird nun dem Vormund der Mündel oder etwas von dessen Vermögen von einem Dritten entzogen und vorenthalten, so kann er es ihm gerichtlich abfordern.

34) M. a. W. der Unfähige hat gar kein Recht auf die Vormundschaft. Kraut I. S. 195 f., Stobbe-Lehmann a. a. O.

35) Rücksichtnahme auf das höhere Alter, so daß es caeteris paribus den Vorzug gewährt, ist ein in den germanischen Quellen von altersher hervortretender Zug: Rive II/1 S. 17 f. Erst eine spätere Zeit läßt die mehreren gleich Nahen die Vormundschaft mit einander übernehmen. Kraut I. S. 224.

36) Kraut I. S. 166.

37) Kraut I. S. 202, 251.

mittel zum Schutze seines Rechtes gehabt haben.[38]) Auch ist anerkannt, daß der Nächste nicht definitiv ausgeschlossen ist, wenn ihm ein vorübergehendes Hinderniß zur Zeit die Uebernahme der Vormundschaft unmöglich macht, wie wenn der nächste Schwertmagen selbst noch unmündig, abwesend, gefangen ist.[39]) Und da, seitdem der Vater Vormünder küren konnte, der gekorene Vormund gleichfalls den Vorzug vor dem geborenen hatte,[40]) so muß wohl auch dieser zur Durchsetzung seines Vorrechtes ein Rechtsmittel für den Fall factischen Uebergangenwerdens gehabt haben; nur scheint es kein eigenthümliches Verfahren für die Geltendmachung des besseren Rechtes gegeben zu haben.

Daß für eine Vormundschaft der Mutter im alten deutschen Rechte kein Platz ist, braucht kaum bemerkt zu werden; wie sie als Ehefrau unter der Vogtei ihres Mannes steht, so steht sie als Witwe unter der Vormundschaft seiner Schwertmagen. Daß das burgundische und das westgothische Recht der Mutter gleichwohl bis zu ihrer Wiederverheiratung die Vormundschaft einräumt, wird mit Recht allgemein auf den Einfluß des römischen Rechtes zurückgeführt. Dagegen in der späteren Zeit, nachdem die Vormundschaft selbst ihre Bedeutung geändert hatte, ist die Vormundschaft der Mutter etwas Häufiges, und es war nicht nur der Einfluß des römischen Rechtes, der nach dieser Richtung wirkte, denn wir finden die Vormundschaft der Mutter auch in zahlreichen Quellen des späteren Mittelalters, die kaum vom römischen Rechte beeinflußt waren; wohl aber wurde die mütterliche Vormundschaft dadurch überaus nahe gelegt und gefördert, daß nach manchen Ehegüterrechtssystemen der überlebende Ehegatte die Nutzung und Verwaltung nicht nur des eigenen, sondern auch des Vermögens des vorverstorbenen Gatten behält, so lange der Witwenstuhl unverrückt bleibt. (Beisitzrecht.)[41])

Ueberwiegend im Rahmen jener Rechtsgedanken, die dem deutschen Rechte zugrunde liegen, vollzieht sich auch die Entwicklung des Vormundschaftsrechtes in den österreichischen Ländern

---

[38]) Dafür spricht das Bremer Schöffenurtheil v. J. 1330 (Kraut I. S. 217 f.): Ein Schwertmagen und Vormund eines Unmündigen hatte die Vormundschaft an des Mündels Großvater und des Letzteren Kinder verkauft; diesen Kindern, welche die Vormundschaft für sich begehrten, wurde ihr Anspruch von einem zu seinen Jahren gekommenen uterinus des Unmündigen mit Erfolg bestritten; da auch die Cognaten vormundschaftsberechtigt waren, erschien der uterinus als der Nächste und brauchte daher den Verkauf nicht anzuerkennen.

[39]) Er bekommt einen anderen Schwertmagen als Helfer, bezw. es tritt für die Zwischenzeit ein Anderer ein. Kraut I. S. 196 f.

[40]) Kraut I. S. 203.

[41]) Heusler a. a. O. II. S. 494, Stobbe-Lehmann IV. S. 522, 571 f. mit S. 287 ff., Rive I. S. 195 Note 7, Gengler S. 628.

und es ist auch das a. b. G. B. nur der zusammenfassende Niederschlag dieser Entwicklung.

In Böhmen und Mähren sind im slavischen Rechte der ältesten Zeit, von der wir Kunde haben, die Rechte des Vaters und Vormundes zum mindesten so umfassend, „wie die Rechte des Vaters und Vormundes nach altgermanischem und altrömischem Recht"; die Abhängigkeit der der Hauscommunion (dem Spolek) angehörenden Familienglieder gegenüber dem Familienhaupt ist keine geringere, als die, welche die alte deutsche Munt mit sich brachte; das Familienhaupt hat über alle seine Schutzbefohlenen anfänglich die vollste Gewalt, selbst über Leib und Leben, und die wirthschaftliche Abhängigkeit führt auch zu einer Bevormundung nach allen anderen Richtungen.[42]) Eine tutela mulierum (im römischen Sinne) besteht zwar nicht, aber selbstverständlich unterstehen auch alle der Communion angehörenden Weiber der Vormundschaft. Und so sehr ist die Vormundschaft infolge der Zugehörigkeit zum Spolek das Selbstverständliche, daß die Bestellung einer Vormundschaft — selbst nachdem testamentarische Anordnung der Vormundschaft zulässig geworden war — zu unterbleiben hatte, wenn der bis zu seinem Tode in der Communion gebliebene Vater keine diesfällige Anordnung getroffen hatte (sogenannte „stillschweigend übergehende Vormundschaft").[43])

Eine besondere Art der auf der Hauscommunion beruhenden Vormundschaft ist die des älteren Bruders, von der Verwandtenvormundschaft auch dadurch praktisch unterschieden, daß der Bruder von Cautions- und Rechnungslegungspflicht frei ist. Es hatte nämlich nach dem Tode des Vaters der ältere („unabgetheilte") Bruder[44]) „das nächste Recht und die nächste Pflicht" zur Vormundschaft. So lange er selbst minderjährig war, wurde seine Vormundschaft nicht actuell; wenn aber eine Vormundschaft für mehrere Waisen bestellt war, und der Aelteste von ihnen großjährig wurde, dann konnte er die Vormundschaft über seine Geschwister (selbst gegenüber einem vom Vater bestellten Vormund, dem volle Machtbefugniß eingeräumt war) erfolgreich in Anspruch nehmen. Er verlor sein Recht, wenn er in Geisteskrankheit verfiel oder das Familiengut verschleuderte.[45])

---

[42]) J. v. Ruber, Beiträge z. Geschichte des Vormundschaftsrechtes in Mähren (Brünn 1883) S. 2, 23 f., 33.

[43]) v. Ruber S. 53, 54 f., 58.

[44]) Ob auch die Schwester das gleiche Recht habe, war in Mähren bestritten; in Böhmen hatte sie es zweifellos bis zur Landesordnung v. 1549. v. Ruber S. 2 Noten 28, S. 70 Note 29, S. 177.

[45]) v. Ruber S. 42 Note 26, S. 57 f., 70.

Die auf der Familiencommunion beruhende Vormundschaft wurde allmählich nahezu verdrängt durch die vom Vater angeordnete, welche jedoch hier nicht in einer bloßen testamentarischen Anordnung gegeben werden konnte; vielmehr mußte die väterliche Verfügung entweder mittelst der Landtafel erfolgen oder in einer auf Grund eines kaiserlichen Machtbriefes errichteten Urkunde ausgesprochen sein. Unter diesen Voraussetzungen hatte sie aber den Vorzug vor jeder anderen Vormundschaft,[46]) namentlich also auch vor der Vormundschaft der Verwandten (tutela legitima). Kam es aber zu dieser, so war der Nächste dazu der nächste Schwertmagen, der nächste Intestaterbe, „an welchen der Anfall kommt".[47]) Waren mehrere gleich nahe vorhanden, so entschied das Recht in Böhmen für den, der die bessere Bürgschaft leisten konnte, das mährische Recht aber zu Gunsten des Aelteren (vgl. oben Note 35). Verzichten die Näheren oder können oder wollen sie die erforderliche Bürgschaft nicht leisten, dann sind die entfernteren Verwandten zur Vormundschaft berufen. Uebrigens haben die väterlichen Verwandten vor den mütterlichen den Vorzug, und in Mähren sind nach altem Rechte überhaupt nur die männlichen Verwandten zur gesetzlichen Vormundschaft berufen, selbst die Mutter war bis ins 17. Jahrhundert als gesetzliche Vormünderin nicht zugelassen, während sie schon nach älterem Rechte auf Grund des Spolek oder einer väterlichen Anordnung die Vormundschaft über ihre Kinder führen durfte.[48])

Die Dativvormundschaft ist immer subsidiär; ihre Genesis ist unsicher; sicher aber ist, daß in Mähren der Landeshauptmann diesen Schutz des Königs ausübt.[49])

Wie im slavischen Landrechte die Vormundschaft des älteren Bruders, so ist in dem (deutschen) Weichbildrechte von Böhmen und Mähren die Vormundschaft der den Vater überlebenden Mutter eigenthümlich entwickelt; sie ist auch praktisch insoferne von besonderer Wichtigkeit, als sie, woferne der Vater nicht etwas Anderes angeordnet hat, geradezu die Regel bildet.[50]) Sie beruht nicht auf dem Einfluß des römischen Rechtes, wohl aber führte auch hier das Beisitzrecht zu dieser Vormundschaft umsomehr hin, als

---

[46]) v. Ruber S. 59 ff.

[47]) Schenk die österr. Vormundschaft im 16. u. 17. Jahrh. in Haimerl's V. J. Schr. XII. S. 260.

[48]) v. Ruber S. 49 f., 62 f., 186. Erhoben (in Böhmen) Mutter und Schwester den Anspruch auf die Vormundschaft, so hatte die Mutter den Vorzug. Kyblin l. c. p. 211 diff. V.

[49]) v. Ruber S. 56, 63.

[50]) In späterer Zeit gelangt sie auch im slavischen Landrecht zur Anerkennung; v. Ruber S. 186 ff.

die Stellung der Frau sowohl bei Lebzeiten des Mannes, als im Beisitzverhältnisse selbstständiger war, als sonst nach deutschem Rechte. Mit Recht sagt v. Ruber (S. 121): Man hat „es in Mähren und Böhmen anfänglich mit Ansiedlern zu thun, die sich vom gemeinschaftlichen, am Rhein und an der Elbe wohnenden Stamme losgelöst und Heimat und Familie verlassen hatten, um sich in der Fremde Haus und Hof zu gründen; das weite Band der Stammesangehörigkeit trat naturgemäß in den Hintergrund vor dem Verbande der Familie im engeren Sinne und vor den Banden des Vertrauens, die gleicher Beruf, gleiche Arbeit und gleiches Streben untereinander nicht verwandter Personen geknüpft hatten, und da entwickelte sich denn vor Allem die Vormundschaft derjenigen, die als treue Gefährtin eines nicht gefahrlosen Lebens dem Manne in jene von der Heimat entfernten Lande gefolgt war — die Vormundschaft der Mutter." . . . „Die Gattin des Ansiedlers (war) mehr, als die Wirthin des Hauses — sie war und mußte die Mitarbeiterin des Mannes sein in ähnlicher Weise, wie sich dies bei gleichen Bedingungen in unserer Zeit alltäglich wiederholt. Gerade dies mußte die Entwicklung der rechtlichen Stellung der Frau mächtig fördern . . ."[51]) Danach ist leicht verständlich, daß die Mutter die Vormundschaft — und zwar cautionsfrei (v. Ruber S. 231) — ohne Bestellungsact aus eigenem Rechte übernahm, wie der vom Vater ernannte Vormund sie kraft des väterlichen Willens überkam. Cessirten Beide, dann trat die gewöhnliche Verwandtenvormundschaft ein, bei welcher der nächste Verwandte dem Schwerte nach der zunächst Berufene war.[52]) Subsidiär kennt auch das Weichbildrecht eine Dativvormundschaft.

---

[51]) Vgl. Schlesinger, die Ansiedlung der Deutschen in Böhmen, in „Deutsche Arbeit in Böhmen" hgeb. von Bachmann (Berlin 1900) S. 39 ff.

[52]) Vollständige Teutsche Stadt-Recht Im Erb-Königreich Böheim und Marggrafthum Mähren . . . (Wien, 1721) D. VII. §. 1: „Die Vormünden nach dem Schwerdte seyn, die den Waisen nach dem Schwerdt, oder Mannes Linie die nechsten Bluts-Verwandten seynd. Wer unter denselben in der Bluts-Freundschafft der nächste befunden wird, derselbe hat besseres Recht, die Waisen und ihr Gut zu regieren und zu versorgen, darumb auch, wer näher ist zur Vormundschaft, ist auch näher zum Erbfall." §. 2: „. . . da hingegen beraubt sich der des Anfalls, welcher sich der Vormundschaft geweigert hat." Uebrigens ist (§. 3) das Recht des Nächsten keineswegs ohneweiters ein festes Recht auf die Vormundschaft, sondern es sollen nur „die Fürnehmsten und Tüchtigsten zugelassen werden." Ist der Nächste nicht tauglich „so soll man die anderen Freunde, ob sie gleich nicht so nahend, und gleich nach der Spindel befreundet wären, wenn sie nur fromme und tüchtige Leut seynd, zu solcher Vormundschaft zulassen." Das Brünner Stadtrecht ließ überhaupt nicht die Nähe der Verwandtschaft, sondern den größeren Vortheil des Mündels den Ausschlag geben (vgl. oben Note 29), so daß ein entfernterer Verwandter unter Umständen dem näheren vorgezogen werden sollte. v. Ruber S. 125

In vorkommenden Streitfällen, die sich nach Note 52 leicht ergeben konnten, prüften Richter und Schöffen, „wem die Vormundschaft gebühre“ (v. Ruber S. 142), und sprachen sie demjenigen zu, der ihnen als der Nähere zur Vormundschaft erschien. So Spr. 310 Iglau:[53]) Tunc interim posthoc frater germanus dicti Nicolai . . . venit et cepit monere dicens, utrum ego sum proximior ad illos orphanos an ipsa mulier. Tunc judex dedit eis terminum usque ad judicium, et cum fuit in judicio, consules accepto consilio dixerunt: Tu es propinquior ad hoc, ita si vis in illa domo sedere et ipsis orphanis non perdere nec dissipare illa bona.

Die verneuerten Landesordnungen für das Königreich Böhmen von 1627 und für das Marggrafthum Mähren 1628[54]) ändern wenig in Rücksicht der hier in Betracht kommenden Fragen. Die Vormundschaft bleibt, soweit es sich um die Verwandtenvormundschaft handelt, ein dem nächsten Anwärter gebührendes Recht, dessen Werth durch die oben (Note 22) mitgetheilte Bestimmung der L. O. ohne Zweifel gesteigert wurde, das aber auch bei Verlust der Erbanwartschaft ausgeübt werden mußte. Folgende Einzelheiten verdienen hervorgehoben zu werden: Die böhm. L. O. kennt drei, die mährische fünf Arten von Vormündern. Als die ersten nennt die böhm. L. O. (N. I) diejenigen, „welche den Münderjährigen mit Geblüt und Verwandtnuß am nächsten befreundet“, „die andern, welche in einem ordentlichen Testament benennet seynd“, „die dritten, so von Uns oder von Unsern Statthalteren oder von Unseren Landrecht verordnet werden.“[55]) Aber die Reihenfolge der Delationsgründe ist durch diese Nacheinanderstellung nicht bezeichnet, vielmehr bestimmen die beiden L. L. O. O. übereinstimmend (Böhm. N. V): „Keinem Fürmünder, so im Testament benennet worden, soll von einem anderen, unter dem Schein, daß er dem Waisen mit Bluts-Freundschaft näher verwandt, in seiner Fürmundschaft einige Hinderniß geschehen.“ Den ersten Rang hat also die (dem älteren Recht gegenüber ihrer Bestellungsform nach wesentlich vereinfachte) testamentarische Vormundschaft.[56]) Bei der Vormundschaft der Verwandten wird grundsätzlich die Fähigkeit zur Cautionsbestellung

---

[53]) Oberhof S. 222 — 224, abgedruckt bei v. Ruber S. 142 Note 16.

[54]) Benutzt ist von der ersteren die Ausgabe v. 1753, von der letzteren die Ausgabe v. Georg Lehmann in folio mit der Widmung an Kaiser Karl VI, o. J.

[55]) Die nämlichen Personen werden in der mähr. L. O. als die zweiten dritten und vierten Vormünder genannt, nur kommt unter den die Dativtutel Anordnenden der Statthalter nicht vor.

[56]) v. Ruber S. 68 f., 129, 204.

gefordert, doch ist sie nicht unerläßlich, und auch das wird nicht als entscheidend angesehen, daß der Vormund der nächste taugliche Verwandte sei. Erhalten ist insbesondere die Vormundschaft des älteren Bruders; ist er beim Tode des Vaters bereits großjährig, so handelt es sich nur um einen Anwendungsfall der gesetzlichen Vormundschaft; wird er erst später großjährig, so wird dadurch jede andere bis dahin über seine Geschwister bestehende Vormundschaft beendigt. Auch die Vormundschaft der älteren Schwester hat sich erhalten, doch unter der Voraussetzung, daß alle anderen vormundschaftsbedürftigen Geschwister weiblichen Geschlechtes sind. Die Dativtutel endlich ist subsidiär.

Jede Vormundschaft ist aber nun — ein Punkt, über den das ältere Recht schwieg — munus publicum; und jeder Vormund muß bestellt werden, eigenmächtige Einmengung ist verboten.[57]) Gleichwohl kann nicht füglich zweifelhaft sein, daß für das böhmische und mährische Recht davon auszugehen ist, daß die Vormundschaft nicht blos eine im Interesse des Mündels dem Vormund auferlegte Pflicht, sondern auch ein Recht des Vormundes selbst ist, das nicht ohne Vermögenswerth ist.

Auch das Recht im Erzherzogthum Oesterreich beruht auf verwandten Grundlagen. Der in Note 26 erwähnte Entwurf der oberösterr. Landtafel (III. Tit. 42) hieß in Ermangelung einer testamentarischen Regelung der Vormundschaft die nächsten Verwandten, „wie von Alters herkhomen auch für sich selbst alsbalden nach der Eltern Todtfall und Begräbniß zusammen khomen. Under Jne selbst den tauglichsten und Nächsten Blutsverwandten zu Vormündern Erwählen . . .“ Thaten sie es nicht, dann sollte die Obrigkeit den nächsten angeborenen Blutsfreund dazu bestellen, jedoch ohne daß dieser Vormund einen Anspruch auf Besoldung oder Genuß der Vormundschaftsgüter haben sollte. Erst in Ermangelung der Freundschaft sollen fremde Personen ernannt werden; diesen aber soll „ein Besoldung und Ergözlichkeit bestimbt verordnet und in Aufnemung der Raittung passiert werden“.[58])

Die Gerhabschaftsordnung für Niederösterreich vom 18. Februar 1669 (Cod. Austr. I. S. 411 ff.) kennt (Tit. I. §. 3) die testamentarische, gesetzliche und obrigkeitliche Delation der Vormundschaft in dieser Reihenfolge. Zwar sagt Vossius[59]): Omnis tutela a magistratu defertur, allein der dafür angeführte Grund

---

[57]) v. Ruber S. 131, 205, 209.

[58]) Schenk a. a. O. S. 258 f.

[59]) L. F. Vossii Legum et consuetud. austr. . . . quae infra Anasum vigent, cum jure Rom. collatio . . . Ed. nova emend. et aucta. Wien 1774 (Libr. XXVI) §. 742 und 746.

(quia ante delationem se tutelae immiscere prohibitum est) rechtfertigt seine Behauptung keineswegs.[60]) Allerdings aber ist dem Richter ausdrücklich (Tit. II. §. 1) das Recht eingeräumt, einen Testamentarius von der Vormundschaft darum auszuschließen, weil seine Geschäftsführung für den Mündel nachtheilig zu werden droht. Die unbegründete Weigerung des nächst Befreundeten, sich der Vormundschaft zu unterziehen, ist für ihn (nicht auch für seine Nachkommen) mit dem Verluste der Erbrechtsanwartschaft bedroht (Tit. III. §. 1). Man darf wohl sagen, daß aus diesen Sätzen hervorgeht, daß die Gerhabschaftsordnung nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht auf Uebernahme und Führung der Vormundschaft kennt, mag auch das Recht weniger scharf ausgeprägt sein als die Pflicht. Daraus aber folgt doch wohl, daß, wenn der Richter aus irgend welchem Grunde den wirklich näher Berufenen übergangen hatte, ebensowohl der factisch zu Unrecht Vorgezogene, als auch der zu Unrecht Zurückgesetzte die Möglichkeit einer Reclamation haben mußte; es kann doch nicht Aufgabe des Richters gewesen sein, einen solchen Anspruch a limine abzuweisen, vielmehr liegt nichts näher, als ein Vorgang gleich dem oben (bei Note 53) geschilderten Erkenntniß der Iglauer Richter und Schöffen. Die Gerhabschaftsordnung enthält nun allerdings nichts von einem besonderen Verfahren, das sich mit dem im Röm. Recht vorgeschriebenen vergleichen ließe;[61]) immerhin aber ist in ihr das Recht der Mutter, wie das des Bruders ausdrücklich hervorgehoben, die Vormundschaft für sich in Anspruch zu nehmen, selbst wenn sie von einem anderen, nicht ebensogut

---

[60]) Bekanntlich ist die Frage auch unter den Juristen der neueren Zeit nicht außer Streit, ob durch die Einführung der confirmatio Germanica durch die R. P. O. von 1577 die verschiedenen Delationsgründe aufgehoben und alle Vormundschaften damit in dative verwandelt worden seien. Die letztere Meinung hat in neuester Zeit namentlich P. v. Roth (Deutsch. Priv. R. 2. Aufl. II. §. 187 bei Note 17, 18, Bayr. Civ. R. 2. Aufl. II. §. 113 Nr. 10) vertreten. Aber gewiß mit Unrecht. Die R. P. O. selbst erkennt die drei Delationsgründe als fortbestehend ausdrücklich an, und daß sie verlangt, es müsse jedem Vormund von dem Richter die Verwaltung decernirt und befohlen sein, bezieht sich ja nicht auf die Delation, sondern blos auf die Befugniß zur Verwaltung. Der Richter ist auch seither verpflichtet geblieben, die testamentarisch oder durch das Gesetz berufene Person zu bestätigen; übergeht er sie, so hat sie ein Beschwerderecht, wenn auch nicht das Recht, ihren Anspruch im Proceßwege zu verfolgen. Kraut I. S. 237 f., v. Keller, Pandekten §. 431 S. 813, Stobbe-Lehmann IV. S. 568, 571.

[61]) Das Schweigen des Gesetzes erklärt sich aber ungezwungen daraus, daß die Officialthätigkeit des Vormundschaftsgerichtes den Streit sehr vereinfachte und processuale Formen in der Regel überflüssig machte. Chorinsky a. a. O. S. 112, 113, cf. auch S. 91. Derselbe Schriftsteller hebt auch hervor, daß oft die Gerichte selbst um eine Vormundschaft stritten, weil manche Vormundschaftsgerichte ein subsidiäres Erbrecht hatten.

Berechtigten bereits übernommen sein sollte. Von der Mutter bestimmt Tit. III. §. 2: „Ist der Kinder leibliche Mutter noch im Leben, so gebührt ihr, wann sie die Vergerhabung der Kinder begehrt und sonsten kein Bedenken wider sie vorhanden, dem alten Herkommen nach die Obergerhabschaft“ [62]) (unter Mitwirkung von zwei Mitvormündern, die das Gericht bestellt). Vom Bruder sagt Tit. XVI. §. 7: „... wenn einer oder mehr Pupillen ihre Vogtbahre Jahre erreichen, also daß sie ihnen, und ihren übrigen noch unbevogten Geschwistrigten wohl und nutzlich vorstehen können, so mögen die vorige Gerhaben entlassen, und der, oder die Brüder, als nechste Befreundte, zu Gerhaben ihrer noch münderjährigen Geschwistrigten verordnet werden.“ [63])

„Einer Ersamen Landschafft des Löblichen Fürstenthumbs Steyr New verfaßte Reformation des Landes- und Hofrechtes daselbst“ [64]) Art. 51, Abs. 2, 3, 4, 6 und 7 enthält bereits die nämlichen Sätze, die uns im Entwurf der oberösterr. Landtafel (oben Text vor Note 58) begegnet sind, nur mit dem sehr bemerkenswerthen Unterschied, daß von einer Wahl des blutsverwandten Vormundes nicht die Rede ist, vielmehr auch dieser „von der Obrigkeit ... verordent und verschafft“ wird. Im Uebrigen aber finden wir auch hier, daß, wo die Eltern „in Testamenten oder letzten willen Vormünder“ ernannt haben, „es bey solcher

---

[62]) Vossius l. c. §. 751 nennt diese Vormundschaft eine extraordinaria legitima tutela. In Steiermark nannte man sie „Nothgerhabschaft“, die Vormünderin selbst hieß „Noth-Gerhabin“. N. de Beckmann, Idea juris styriaci ... (1688) Art. Tutela p. 517, Art. Vidua p. 536 sq.

[63]) Vossius §. 750 bezeichnet diesen Fall als legitima fiduciaria tutela. Die im Text hervorgehobenen Worte des Gesetzes haben bewirkt, daß man den Fall seither unter den Beendigungsgründen der Vormundschaft zu nennen pflegt, eine Auffassung, an der auch die spätere Gesetzgebung festgehalten hat, obwohl sie nicht genau ist, da ja auch noch im heutigen Rechte der Fall so liegen kann, daß dem Bruder (oder der Mutter) ein Delat gegenübersteht, der die Vormundschaft noch nicht angetreten hat. Ebenso ist auf die hervorgehobenen Worte zurückzuführen, daß die Interpretation der Gerhabschaftsordnung das Großjährigwerden des Bruders als eine die bisherige Vormundschaft ipso jure beendigende Thatsache auffaßte, und nicht das Recht, sondern die Pflicht des großjährig Gewordenen zur Uebernahme der Vormundschaft betonte. Vgl. Vossius §. 777: Finitur tutela ipso jure ... uno inter fratres ad perfectam aetatem perveniente; tunc enim illi fiduciaria tutela defertur primo tutore demisso; Udalrich Donner Einleitung zum Kenntniß der österr. Rechte (Wien 1778), Thl. I, Buch I, §. 79 pr. (S. 31): „Endlich hört die Gerhabschaft in Ansehung des Gerhaben auf, wenn aus mehreren Kindern ein Bruder vogtbar wird, dieweil er sodann, falls er hiezu tauglich wäre, die Gerhabschaft über seine anderen Geschwister übernehmen muß.“ Uebereinstimmend derselbe Jurist schon in seiner Wochenschrift: Die österr. Rechte, das ist eine Einleitung zum Kenntniß ... (Wien 1777) I. S. 27.

[64]) „Im 1574 Jar aufgericht. 1583.“ Auf dem letzten Blatte: „Gedruckt zu Augspurg, durch Michael Manger. Im Jar: 1583.

der Elter verordnung bleyben" soll. Fehlt sie, dann „sollen die nechst angeborene Freund" (die nächsten Erben) „ohne besoldung oder genieß" von der Obrigkeit ernannt werden. Kann so für die Vormundschaft nicht gesorgt werden, „sollen alßdann die Pupillen und minderjärigen durch die Obrigkaiten, mit andern Tauglichen und vertrauten personen, ob gleich die den Pullen (sic) nicht gefreundt sein, nach notturfft versehen werden". Diesen aber soll „nach gelegenheit grösse der Gerhabschafft handlung, und derselben Gütter, durch die ordentliche Obrigkait und Reithandler, ein Besoldung bestimpt, verordnet unnd bezalt werden".

Und noch weiter reicht der Einfluß der Obrigkeit in der um vier Decennien älteren Tiroler Landesordnung von 1532 (III. 46). Selbst die von den Eltern im Testament gesetzten Gerhaben bedürfen der Bestätigung durch die ordentliche Obrigkeit, wenn auch hinzugefügt ist, daß sie „an (= ohne) rechtmäßig Ursachen nit geändert werden sollen". Fehlt es aber an Gerhaben, die die Eltern gesetzt haben, dann „sollen von der ordenlichen Oberkait auf anruffen der verwaysten Kind nächsten Freundt... Frum und Erber Gerhaben von Vatter und Muter Mag (wo die vorhanden sein), wo nit, anndere taugenlich frumb Leut verordnet und gesetzt" werden.[65])

[65]) Schenk a. a. O. S. 261.

III. Die Vorarbeiten zum a. b. G. B. insbesondere.

Die Vorarbeiten des a. b. G. B. beschäftigen sich großentheils so eingehend mit unserer Frage (selbst im Jos. G. B. ist es der Fall), daß es einigermaßen auffallend ist, daß die Doctrin des b. G. B. ihr so wenig Aufmerksamkeit zugewendet hat und darum in unserer Fachliteratur noch nirgends ein erschöpfender Grundsatz aus den §§. 258 und 259 abgeleitet wurde. Die Vorarbeiten sind aber auch darum sehr lehrreich, weil sie in einigen Beziehungen von einem Wechsel der Anschauungen Zeugniß geben, während nach anderen Richtungen gewisse Grundanschauungen unverrückbar festgehalten wurden.

Bekanntlich beschlossen die zur Ausarbeitung des Codex Theresianus berufenen Commissionsglieder, es solle jedes Mitglied eine Darstellung des (in der Mitte des 18. Jahrh. geltenden) Rechtes seines Landes verfassen und zur Orientirung der übrigen Mitglieder vorlegen.[66]) Unsere Frage betreffend ergab sich[67]) aus diesen Darstellungen, daß beim Eintreten der gesetzlichen Vormundschaft im Allgemeinen die väterlichen Verwandten den mütterlichen vorgingen. Im Einzelnen war es aber doch recht verschieden. In Mähren war die Reihenfolge, und zwar bis zum zehnten Grade, genau vorgezeichnet; den ersten Anspruch hatten die männlichen, dann die weiblichen Agnaten, auf diese folgten die männlichen und hierauf die weiblichen Cognaten; in jeder dieser Reihen war zuerst der nächste dem Grade nach zur Vormundschaft berufen. Ein Wahlrecht hatte der Richter nur dann, wenn mehrere gleichberechtigte Verwandte vorhanden waren. Das Vorrecht des großjährig werdenden Bruders stand in unveränderter Geltung. In anderen Ländern sah man den Anspruch

---

[66]) v. Harrasowsky, Gesch. der Codification S. 47; über die erhaltenen Reste dieser Arbeiten: S. 59.

[67]) Nach v. Harrasowsky's Mittheilungen zum Cod. Theres. Theil I, Cap. 6, §. 2, Nr. 35 bis 62 (Band I. S. 174 f.)

der Verwandten weniger als ein festes Recht an und darum hatte der Richter freiere Wahl. So ließ man es z. B. in Krain mehr auf die Fähigkeit des Delaten als auf die Nähe seiner Verwandtschaft ankommen, und von Vorderösterreich theilte Hormayr mit, daß die Großeltern überhaupt kein Anrecht auf die Vormundschaft hätten, wie sie auch des gesetzlichen Erbrechtes darbten.

Immerhin bleibt der Grundgedanke, an dem während der ganzen Gesetzgebungsarbeit festgehalten wurde, der, daß der nach dem Willen des Gesetzes wirklich Berufene (namentlich der berufene Verwandte) sowohl ein Recht auf die Uebernahme, als eine Pflicht zur Führung der Vormundschaft habe. Zwar wird bald das Recht, bald die Pflicht stärker betont; in der Zeit, da Azzoni das Referat führte, tritt das Recht stark in den Vordergrund; später wird das richterliche Ermessen und der Gedanke von immer größerem Einfluß, daß die Vormundschaft ein Amt sei; trotzdem ist auch im a. b. G. B. und bis zum heutigen Tage der Charakter der Vormundschaft als eines Rechtes des Vormundes keineswegs aufgegeben.[68])

Bei den ersten Verhandlungen der Compilationscommission wurde weniger das Recht als die Pflicht der Verwandten betont, weil man (vgl. oben Note 19 a. E.) die gesetzliche Vormundschaft als Folge des Erbrechtes betrachtete, und weil aus nahem Blutband auf einen natürlichen Antrieb zur getreulichen Führung des Amtes geschlossen werden könne. Demgemäß wurde beschlossen, es solle jeder männliche Verwandte bei sonstigem Verlust seines Intestaterbrechtes (der selbst im Falle unverschuldeter Versäumniß nur durch landesfürstliche Gnade sollte nachgesehen werden können) verpflichtet sein, sich binnen Jahr und Tag nach Eintritt des Vormundschaftsfalles bei Gericht zu melden und sich entweder zur Uebernahme der Vormundschaft zu erbieten oder sich zu excusiren. Diese Meldungspflicht war so streng gedacht, daß selbst der stattgehabte Antritt der Vormundschaft durch einen Verwandten nur die entfernteren, nicht auch die näheren Verwandten von deren Erfüllung befreite. Nur wenn in der schon bestellten Vormundschaft ein Wechsel einzutreten hatte, der zur Bestellung einer gesetzlichen Vormundschaft zu führen hatte, waren die Verwandten zur Meldung nicht verpflichtet, sondern nur — und zwar ebenfalls binnen Jahr und Tag — zur Geltendmachung ihres Anspruches auf die Vormundschaft berechtigt. Die ganze Einrichtung war — wenn auch nur in Bezug auf die gesetzliche

---

[68]) Vgl. v. Harrasowsky, Gesch. d. Codif. S. 84, 133 und den oben Note 11 angef. Ref. Entwurf (Motive) S. 140.

Berufung — darauf abgestellt, Alles vorzukehren, um in jedem Falle zuverlässig den potior mit der Vormundschaft zu betrauen.

Daß die Revisionscommission die scharfe Bestimmung über den auf das Versäumen der Anmeldung gesetzten Erbrechtsverlust milderte, ist insoferne ohne Interesse, als sie in einer späteren Sitzung die Anmeldungspflicht ganz beseitigte; es wurden vielmehr die Behörden angewiesen, die bekannten Verwandten von Amtswegen zur Uebernahme der Vormundschaft unter Androhung des Erbsrechtsverlustes und anderer Zwangsmittel aufzufordern.

Das Ergebniß des ersten großen Abschnittes der Codificationsarbeiten war der Codex Theresianus. Hieher gehört Theil I. Cap. VI. Zwar ruht (nach §. 2 Nr. 12, 13) „der höchste Schutz und die oberste Vormundschaft über alle Waisen in Unseren Staaten bei Uns (dem Kaiser) allein," daher denn auch testamentarische und gesetzliche Vormünder der Bestätigung bedürfen, dative aber ernannt werden; aber diese Auffassung hat den Codex nicht gehindert, das Recht der testamentarisch ernannten und der gesetzlich berufenen Vormünder sehr energisch anzuerkennen und die Anmeldungspflicht auch seinerseits fallen zu lassen. Die wichtigsten der in Betracht kommenden Stellen des Codex sind die nachstehenden:

Nr. 25, 29, 30: Wenn die vom Erblasser bestellte Vormundschaft ganz aufhört, „gebühret solche den nächsten Anverwandten". Die letztwillige Ernennung wirkt so viel, „daß die Gehörde von der Auswahl des Erblassers ohne erheblicher Ursach nicht abzugehen hat". „Dann aus der letztwilligen Anordnung erwachset dem darinnen benannten Vormund ein Recht zur Vormundschaft, welches ihme, wenn er hiezu tauglich ist, nicht entzogen werden kann".

Nr. 34, 35, 36: Hat der bestätigte testamentarische Vormund die Vormundschaft angetreten, „so ist dieselbe von solcher Kraft, daß insolange sie fürwähret, die nächsten Anverwandten kein Recht zur Vormundschaft haben" und ihm von ihnen kein Eintrag geschehen darf, den Fall ausgenommen, daß mehreren Waisen von einem Ascendenten kein Vormund letztwillig bestellt ist „und ein Bruder vor dem anderen noch minderjährigen Geschwister die Großjährigkeit" erreicht, wo ihm auf sein Verlangen der Testamentsvormund die Vormundschaft „abzutreten schuldig ist",[69]) es sei denn, der Testator hätte das Gegentheil

[69]) Der Fall wird später noch einmal in umfassenderem Zusammenhang unter dem Gesichtspunkte der unmittelbor durch das Gesetz endenden Vormundschaft erwähnt (s. unten Nr. 535 Punkt 1 im Cod. Th. a. a. O.)

ausdrücklich angeordnet oder es ergäben sich gegen den Bruder „erhebliche Bedenken".

Nr. 39 bis 55 ff.: „Sowohl dieses Recht, die Vormundschaft anzuverlangen, als die Verbindlichkeit, die aufgetragene auf sich zu nehmen, trifft allemal den nächsten Blutsverwandten des Waisen ..." [70]) Mögen sich mehrere Blutsverwandte selbst um die Vormundschaft melden oder mag die Behörde einem von ihnen die Vormundschaft auftragen, es soll „allezeit darauf gesehen werden, damit der Nächste nicht vorbeigegangen, sondern ihme vor denen Weiteren die Vormundschaft aufgetragen werde". [71]) „Widrigens ist der nächst nach ihm kommende taugliche Verwandte vorzuziehen." — „Für den Nächsten aber wird Jener geachtet", der unter den sich um die Vormundschaft Meldenden oder dem Gerichte Bekannten „dem Waisen zum Nächsten verwandt ist, obschon der Wais noch nähere zur Vormundschaft taugliche," aber nicht gemeldete oder nicht bekannte „Verwandte hätte." „Doch solle die Gehörde ... die Anmeldung der Anverwandten zur Vormundschaft nicht über die ersten vierzehn Tage von Zeit, als der Bevormundungsfall dem Gerichte bekannt worden, abwarten, sondern nach deren Verlauf", wenn entweder keine Anmeldung vorliegt oder der sich Meldende seine Verwandtschaft nicht erweist, „von Amtswegen fürschreiten und vorsichtsweise dem nächsten tauglich befindenden Blutsfreund, welcher in Erfahrniß gebracht wird, oder in dessen Ermangelung auch einem Fremden die Vormundschaft auftragen". Trotzdem ist aber dem „nächsten Blutsverwandten, wann er sich nachher anmeldet, weder sein Recht zur Vormundschaft benommen, noch auch in dem Fall, da er in Erfahrniß gebracht und das Gericht ihme die Vormundschaft auch ohne seinem freiwilligen Anerbieten zu übertragen befinden würde, derselbe von der Schuldigkeit, solche anzunehmen, entbunden." Es kann zu diesem Ende der nähere Verwandte, wenn einem entfernteren, und es kann jeder (überhaupt zu den zu berufenden gehörende) Verwandte, wenn einem Fremden die Vormundschaft aufgetragen wurde, noch Jahr und Tag von der Zeit des geschehenen Auftrages sich freiwillig melden, und die Vormundschaftsbehörde kann sowohl während dieser Frist, als nach Verlauf derselben „zu allen Zeiten", woferne sie es dem Interesse des Mündels entsprechend findet, dem näheren Verwandten von Amtswegen die Vor-

---

[70]) Und zwar (Nr. 63) alle männlichen Ascendenten und Seitenverwandten „bis in den zehenten Grad oder Staffel".

[71]) Immer vorausgesetzt, daß er tauglich ist und sich nicht rechtmäßig excusirt.

mundschaft auftragen und den inzwischen vorsichtsweise bestellten Vormund entlassen. Ebenso kann auch dieser selbst um seine Entlassung ansuchen; nur soll er ohne erhebliche Ursache nicht gezwungen werden, dem Verwandten[72]) die schon angetretene Vormundschaft „währenden Jahrgangs" abzutreten. Sind aber beide einverstanden oder sind „die Vormundschaftsgeschäfte noch in ihrer Gänze[73]) oder fordert es das Beste des Mündels, so ist die Abtretung auch vor Ablauf des Jahres zulässig, wo dann auch Haftung wie Belohnung pro rata temporis zu theilen ist. Nach Verlauf von Jahr und Tag erlischt das Recht der Verwandten, die Vormundschaft anzusuchen, es sei denn, der später sich Meldende könnte erweisen, „daß er sich ehender zu melden, durch rechtmäßige Ehehaften, wegen welcher sonst . . . keine Verjährung laufen kann, verhindert gewesen seie." Der Obrigkeit aber bleibt auch nach dieser Zeit offen, dem später eruirten Verwandten die Vormundschaft aufzutragen.[74]) „Aus der alleinigen Ursache hingegen, daß er nicht der Nächste seie, kann sich derselbe der Vormundschaft nicht entziehen, es seie dann, daß er auf der Stelle einen näheren, nicht weniger tauglichen und keine Entschuldigung habenden Blutsverwandten anzuzeigen vermöge, gleichwie er denn auch von der schon angetretenen Vormundschaft entbunden werden kann, wann immer ein solcher Näherer gefunden wird." Doch gilt der erfolglose Versuch, einen solchen Näheren zu nominiren, nicht als strafbare Weigerung der Vormundschaftsübernahme, woferne sich der Nominirende nun dem gerichtlichen Auftrage fügt. Der sich wirklich weigernde Verwandte aber unterliegt empfindlichen Nachtheilen.[75])

---

[72]) Gleichviel ob dieser sich selbst gemeldet hatte oder von Amtswegen herangezogen worden war.

[73]) Offenbar Uebersetzung von: re adhuc integra.

[74]) Die letztangeführten Sätze ergeben eine Abschwächung der gesetzlichen Vormundschaft gegenüber der dativen — ein stärkeres Hervortreten des Amtscharakters. Der Ablauf von Jahr und Tag kann dem Rechte der Verwandten auf die Vormundschaft — nur Mutter und Bruder sind dieser Beschränkung nicht oder nicht schlechthin unterworfen, Nr. 35, 64, 535 — ein Ende machen, und das Recht der Behörde, einen entfernteren Verwandten oder einen Fremden zu wählen, tritt mehr hervor. Chorinsky S. 94, 118; allerdings führt dieser Schriftsteller diese Aenderung, sowie die (officiose) Regelung des Streites um das nähere Recht und die nähere Pflicht zur Vormundschaft erst auf das Jos. G. B. zurück, während der Cod. Theres. zeigt, daß diese Gedanken auch in den Gesetzgebungsarbeiten erheblich älter sind; aber im Gesetz gewordenen Rechte sind sie ja wirklich erst im Jos. G. B. zur Geltung gelangt.

[75]) Sie sind aber hier ebensowenig von Interesse, als die Nachtheile, die (Nr. 31) dem mit einem Vermächtniß bedachten Testamentarius wegen Verweigerung der Uebernahme des Amtes angedroht sind.

Nr. 64, 65, 68: Noch vor den männlichen Ascendenten und Seitenverwandten ist die Mutter des Mündels[76]) zur Vormundschaft berufen. Ist sie großjährig, und begehrt sie, im Stande „die hiernach vorgeschriebenen Erfordernisse zu leisten", die Vormundschaft, so hat sie „das nächste Recht zur Vormundschaft". War sie aber zur Zeit des eingetretenen Vormundschaftsbedürfnisses noch nicht großjährig, oder war, weil sie sich nicht gemeldet hatte, vorsichtsweise ein anderer Vormund bestellt worden, so soll „derselbe ihr nach erreichter Großjährigkeit, oder, da sie schon vorhin großjährig gewesen, wann sie sich binnen Jahr und Tag von Zeit der Bevormundung anmeldet, die Vormundschaft auf ihr Verlangen mit dem nächstjährigen Rechnungsabschluß abzutreten schuldig sein". Ist sie aber zu einer neuen Ehe geschritten, so kann sie „die Vormundschaft nicht anderst, als mit Unserer a. h. Verwilligung erhalten, und ist der neue Ehemann nebst ihr das Waisengut nach Erforderniß zu verbürgen schuldig".

§. 7, Nr. 535, 536: „Durch das Gesatz unmittelbar wird die Vormundschaft an Seiten des Vormundes in zweien Fällen beendigt, als: 1. wann von mehreren unter Vormundschaft stehenden Geschwistern ein Bruder die Großjährigkeit erreichet" . . . „2. wann die Mutter, welche die Vormundschaft über ihre Kinder erhalten hat, zur anderen Ehe schreitet, ohne die Verwilligung, solche beibehalten zu dürfen, ausgewirket zu haben. . . ."

Fassen wir dasjenige aus diesen Sätzen, was für unsere Aufgabe vorzüglich in Betracht kommt, möglichst kurz zusammen, so ergibt sich:

1. Dem testamentarisch ernannten Vormund darf die Behörde die Bestätigung nur aus erheblicher Ursache versagen; er hat ein Recht auf die Vormundschaft und zwar vor den Verwandten; nur der großjährig werdende Bruder des Mündels verdrängt ihn ipso jure, es sei denn, der Testator habe es anders geordnet oder der Vormundschaft des Bruders stehen erhebliche Bedenken entgegen.

2. Dem Testamentarius steht nach, geht aber allen „weiteren aufsteigenden und Seitenverwandten" vor die Mutter des Mündels, wenn sie die Vormundschaft begehrt. War sie zur Zeit des eingetretenen Vormundschaftsbedürfnisses bereits großjährig, ohne aber die Vormundschaft zu verlangen, so kann sie noch Jahr und Tag von der Zeit der Bestellung des Vormundes ihr Recht geltend machen; wird sie erst später großjährig, so ist

---

[76]) Die Großmutter und Urgroßmutter rangiren erst nach den Groß- bezw. Urgroßvätern (Nr. 63, 84 ff.), können aber hier außer Betracht bleiben.

ihr Reclamationsrecht an eine zeitliche Schranke nicht gebunden.

3. Tritt keiner der beiden vorgenannten Fälle ein, dann ist der nächste Blutsverwandte berufen; er ist berechtigt wie verpflichtet zur Uebernahme der Vormundschaft, doch hat er nicht die — in den ersten Berathungen statuirt gewesene — Rechtspflicht, sich binnen Jahr und Tag zu melden. Wohl aber wartet das Gericht nach erlangter Kenntniß von dem eingetretenen Vormundschaftsbedürfniß auf seine Meldung vierzehn Tage lang. Nach Ablauf dieser Frist bestellt es den ihm bekannten nächsten (tauglichen) Verwandten oder auch einen Fremden zum Vormund. Allein dadurch ändert sich noch nichts an dem Rechte wie an der Pflicht des nächsten Verwandten. Nichts an seinem Recht: denn der Verwandte (beziehungsweise der nähere Verwandte) hat noch Jahr und Tag von der Vormundschaftsbestellung die Möglichkeit, sein Recht zu reclamiren, ja er kann dies auch noch später thun, wenn er rechtmäßig nachweisen kann, daß er gehindert war, sich zu melden. Und nichts an seiner Pflicht: denn einerseits kann ihn die Behörde jederzeit zur Uebernahme der Vormundschaft verhalten, und andererseits kann auch der von der Behörde Bestellte — mag er die Führung der Vormundschaft schon übernommen haben oder nicht — diesen Verwandten (näheren Verwandten) wirksam als potior nominiren. Nur kann der entferntere Verwandte, dem die Vormundschaft aufgetragen wurde, den näheren nicht schon wegen dieser größeren Nähe ohneweiters zur Uebernahme der Vormundschaft nöthigen; dazu ist erforderlich, daß er ihn „auf der Stelle" nominire, und daß Jener ebenso tauglich und nicht excusirt sei; und auch nachdem der Entferntere die Vormundschaft bereits übernommen hat, ist diese potioris nominatio, und zwar ohne zeitliche Beschränkung zulässig.

Horten's Umarbeitung (Theil I. Cap. 6) hat an den Aufstellungen des Cod. Theres. meritorisch wenig geändert; und das Joseph. G. B. (V. Hauptst.) hat so sehr Horten's Sätze nur noch mehr zu verkürzen sich bemüht, daß es sich empfehlen dürfte, blos die erheblichen Unterschiede gegenüber Horten's Text in den Fußnoten hervorzuheben. Bei Horten ist gesagt:

§. 5: „So lange noch eine letztwillige Vormundschaft angehoffet wird oder so lange das Recht eines solchen Vormundes währet, können die Anverwandten, außer dem einzigen Falle des §. 24 auf dieselbe keinen Anspruch machen. Wenn aber kein letztwilliger Vormund benennet, oder diese Vormundschaft wegen gänzlicher Ungiltigkeit des letzten Willens, wegen Untauglichkeit oder Entschuldigung des Vormundes nicht zustande kommt oder

nachher aufhöret, so berufen Wir durch dieses Unser Gesetz dazu die Anverwandten männlichen Geschlechtes,[77]) und unter diesen vorzüglich den Nächsten."[78])

§. 6: „Für den Nächsten ist jener zu halten, der unter denen, so sich um die Vormundschaft behörig gemeldet haben, oder wenn sich keiner gemeldet, unter denen, so dem Gericht bekannt sind, der Nächste ist, obwohl in der That Nähere vorhanden wären; doch hat das Gericht diese Anmeldung der Anverwandten nicht länger als durch vierzehn Tage von der Zeit, als ihm der Todesfall bekannt worden, abzuwarten. Nach deren Verlauf, wenn sich kein Tauglicher gemeldet, oder die Verwandtschaft nicht hinlänglich erprobet worden, dem in Erfahrung gebrachten nächsten Anverwandten oder in dessen Ermangelung auch einem Fremden die Vormundschaft vorsichtsweise aufzutragen."[79])

§. 7: „Durch diesen Auftrag erlöschet das Recht des nächsten Anverwandten nicht, sondern Wir verstatten, wo ein Fremder zum Vormund bestellt worden ist, einem jeden Anverwandten, wo aber der Auftrag einem weiter Anverwandten geschehen, Allen so näher sind, sich binnen Jahr und Tag von der Zeit des geschehenen Auftrages zu dem ihnen angebührenden Rechte zu melden; hernach aber mag der angestellte Vormund nicht mehr verdrungen werden, ausgenommen, wenn der sich später Anmeldende solche Ehehaften erwiese, wegen welcher keine Verjährung laufen kann."[80])

§. 8: „Dem Gerichte hingegen bleibt zwar bevor, nicht nur während diesem Jahr und Tag, sondern auch nachhero dem in Erfahrung gebrachten tauglichen Anverwandten die Vormundschaft aufzutragen und den bisherigen Vormund zu entlassen; doch mag dieses nur alsdann geschehen, wenn das Wohl der Waisen eine solche gerichtliche Abänderung ohnumgänglich erfordert.

---

[77]) Bis zum zehnten Grade (§. 13).

[78]) Das Jos. G. B. §. 4 bezieht sich nicht ausdrücklich auf seinen dem §. 24 Horten's parallel gehenden §. 17 und nennt die Gründe nicht aus denen die testamentarische Vormundschaft cessiren kann. An die Stelle der Horten'schen Grenze (10. Grad) tritt (§. 16) der Satz, daß der Verwandte — nach der Mutter — zu berufen sei, u. zw. jeder Verwandte, welcher zur Erbfolge des Waisen der nächste ist.

[79]) In dem letzten Falle soll also die gerichtliche Bestellung des Vormundes nur provisorisch erfolgen, um der gesetzlichen Vormundschaft ihr Recht zu wahren. — Ganz übereinstimmend, nur viel kürzer gefaßt, Jos. G. B. §. 5.

[80]) Im Jos. G. B. §. 6 fehlen die ersten, das Erlöschen des Rechtes der Verwandten ausdrücklich negirenden Worte; ferner ist die Frist — es war das schon in einem Vortrag von 1785 beantragt — auf ein Jahr abgerundet, und an die Stelle der Ehehaften, wegen welcher keine Verjährung laufen kann, ist ein „rechtmäßiges Hinderniß, wegen dessen er sich nicht früher melden konnte", gesetzt.

Dahingegen ist der bisherige Vormund allezeit, wann immer ein näherer Anverwandter gefunden wird, befugt, seine Entlassung anzubegehren." [81])

§. 9: „Während dem Jahrgang kann der indessen angestellte Vormund zur Abtretung der Vormundschaft nicht verhalten werden. Wenn jedoch der eine und andere damit zufrieden, oder noch nichts in den Vormundschaftsgeschäften gehandlet worden, oder das Beste der Waisen die Abtretung ohne Aufschub erforderet, so überlassen Wir dem vernünftigen Ermessen der Gehörde, auch unter dem Jahre zu einer Abänderung zu schreiten, und in diesem Falle wird sowohl die vormundschaftliche Verbindlichkeit als Belohnung zwischen Beiden nach Maß der Zeit vertheilet." [82])

§. 10: „Ein Verwandter, dem die Vormundschaft aufgetragen wird, kann sich derselben nicht aus der Ursache entziehen, daß er nicht der Nächste sei; es sei denn, daß er auf der Stelle einen Näheren, nicht weniger Tauglichen [83]) anzuzeigen vermöchte. Wenn aber dieser untauglich befunden würde oder eine rechtmäßige Entschuldigung hätte, so ist der Erstbenannte dem gerichtlichen Auftrag allsofort und ohne weitere Ausflucht Folge zu leisten schuldig." [84])

§. 13: „ . . . Weibspersonen, wenn sie gleich die Nächsten wären, sind gänzlich ausgeschlossen. Nur allein verstatten wir der Mutter, der Ahnfrau und der Urahnfrau die Vormundschaft, wenn sie freiwillig wollen, anzusuchen; . . ." [85])

§. 14: „Die Mutter, wenn sie großjährig ist und sich noch im Witibstand befindet, hat vor Allen, auch vor den Großvätern des Waisen [86]) den Vorzug . . .; wäre sie aber noch minderjährig, so muß ihr der indessen angestellte Vormund nach erreichter Großjährigkeit die Vormundschaft abtreten."

§. 24: „Auch wollen Wir Unsere obige in §. 14 enthaltene Anordnung auf die Brüder erstrecket haben, dergestalt, daß einem zur Zeit des Todes noch minderjährigen Bruder, wenn er bei erreichter Großjährigkeit die Vormundschaft über die annoch minder-

---

[81]) Jos. G. B. §. 7 macht die amtliche Entlassung des bisherigen Vormundes nur davon abhängig, daß „das Wohl des Waisen es fordert". Im Uebrigen ist der Paragraph nur kürzer, als der Horten'sche.

[82]) Im Jos. G. B. §. 8 fehlt der Schlußsatz, soweit er die Theilung betrifft, im Uebrigen stimmt der Paragraph sachlich mit dem von Horten.

[83]) Diese drei Worte fehlen in dem sonst sachlich übereinstimmenden Jos. G. B. §. 9; sie waren schon in dem cit. Vortrage von 1785 eliminirt.

[84]) §§. 11 und 12 behandeln die Nachtheile, welche die die Uebernahme der Vormundschaft Verweigernden treffen.

[85]) Der Sache nach ganz übereinstimmend Jos. G. B. §. 10.

[86]) Das Jos. G. B. §. 11 reiht — nach dem Vorgange des Vortrages von 1785 — die Mutter erst nach dem väterlichen Großvater.

jährigen Geschwister begehret,[87]) dieselbe abgetreten werden solle, außer wenn ihm wichtige Bedenken entgegen stünden oder der Erblasser das Gegentheil angeordnet hätte.“[88])

Waren die bisher besprochenen älteren Vorarbeiten sehr ausführlich, so sind die späteren um so knapper gehalten. Martini's Entwurf (I. Hauptst. 5) enthält nur Folgendes: Nachdem §. 69 pr. gesagt hat, der Vormund könne seine Enthebung aus denselben Gründen ansuchen, die ihn von vorneherein auch von der Uebernahme der Vormundschaft befreit hätten, also derselbe Satz, aus dem später §. 257 a. b. G. B. gebildet wurde — fährt der zweite Satz so fort:

„Es soll auch dem als nächster Blutsfreund bestellten Vormund freistehen, einen anderen, später entdeckten, näheren und tauglichen Anverwandten an seine Stelle in Vorschlag zu bringen.“

§. 70: „Wohingegen der nähere Anverwandte kein Recht hat, zu fordern, daß ein nicht so naher, aber schon bestellter Vormund entlassen und die Vormundschaft seiner eigenen Person anvertrauet werden solle. Nur die Mutter und der Bruder des Mündels, welche zur Zeit der bestellten Vormundschaft noch minderjährig waren, können nach erreichter Großjährigkeit darauf Anspruch machen, welches auch einem anderen Anverwandten, wenn das Gericht einen Fremden zur Vormundschaft berufen hätte, zu gestatten ist.“

Daran schloß sich im §. 71 eine Bestimmung des Inhalts, es solle von dem Inhalt des Vertrages abhängen, ob der Ehemann die Vormundschaft über seine minderjährige Frau und der Wahlvater die über das Wahlkind ansprechen könne.

Auffallend ist, daß in diesem Entwurfe jede Fristbestimmung fehlt.

Das westgalizische G. B. hat I. §. 240 einen mit Martini's §. 71 übereinstimmenden Satz aufgenommen. Im Uebrigen stimmt es bereits großentheils wörtlich überein mit den §§. 258, 259 a. b. G. B. Nur folgende Unterschiede treten hervor: Im ersten Satze des §. 238 (= §. 258 a. b. G. B.) heißt es: „steht es zwar frei“; der zweite Satz schließt mit dem Worte: „abtrete“. Der Schlußpassus: „er wäre denn früher sich zu melden gehindert worden“ fehlt.

§. 239 weicht meritorisch nur insoferne von §. 259 a. b. G. B. ab, als die im zweiten Satze des letzteren Paragraphen

---

[87]) Von einer ipso jure eintretenden Beendigung der bis dahin bestandenen Vormundschaft (Cod. Ther. §. 7 Nr. 535) ist also hier nicht mehr die Rede.

[88]) Sachlich übereinstimmend Jos. G. B. §. 17.

festgestellte Jahresfrist (wie bei Martini) noch fehlt. Die Formulirung stimmt allerdings auch im Uebrigen nur zum kleinsten Theile mit §. 259 überein; sie lautet:

„Doch können des Minderjährigen Mutter oder Bruder, welche zur Zeit . . . machen; diesen Anspruch hat auch ein anderer Verwandter, wenn das Gericht einen Fremden zur Vormundschaft berufen hat."

Die §§. 238 und 239 sind nur in der ersten Lesung (am 16. August 1802), §. 240 auch in der zweiten und dritten Lesung (am 8. Juni 1807 und am 20. November 1809, mit der Numerirung §. 224 beziehungsweise §. 251) Gegenstand der Berathung der Redactoren gewesen.

Zu §. 238 des Entw. beantragte das innerösterreichische Appellationsgericht „der sich ereignenden Fälle wegen", aus dem Jos. G. B. V. §. 6 den Zusatz als Schlußsatz beizufügen: „er wäre denn früher sich zu melden gehindert worden", was einhellig angenommen wurde. Das Wort „zwar" (es steht im §. 238 westgal. G. B., nicht aber im §. 258 a. b. G. B.) findet sich noch in zwei, im Archiv des Justizministeriums aufbewahrten Texten, ist aber auch in diesen nachträglich gestrichen und in jüngere, eben daselbst befindliche Texte nicht mehr aufgenommen.

Zu §. 239 beantragte das oberösterreichische Appellationsgericht, nach den Worten: „selbst noch minderjährig" den Beisatz: „oder abwesend." Dieser Antrag wurde abgelehnt, nachdem Zeiller gegen ihn bemerkt hatte, er sei mit Rücksicht auf den zum §. 238 angenommenen Schlußsatz[89]) überflüssig.

Das innerösterreichische Appellationsgericht bemerkte: der zweite Satz des §. 239 lasse zweifelhaft, ob der Verwandte auch nur dann, wenn er zur Zeit der Vormundschaftsbestellung minderjährig war, oder ob er überhaupt den Anspruch habe, die einem Fremden bereits übertragene Vormundschaft an sich zu ziehen. Mit Rücksicht hierauf beantragte Zeiller, den zweiten Satz, conform[90]) dem Jos. G. B. §. 6 dahin zu formuliren: „Hat das Gericht einen Fremden zur Vormundschaft berufen, so steht

---

[89]) Diese Begründung ist wohl nicht zutreffend; sie vermengt das besondere, allezeit nur auf die Minderjährigkeit (bezw. später erlangte Großjährigkeit) basirte Recht der Mutter und des Bruders mit dem allgemeinen Recht der Verwandten; sie würde auch zu dem praktisch unrichtigen Ergebniß führen, daß die Mutter (als die nähere Verwandte) dann, wenn sie abwesend (und dadurch sich zu melden gehindert) gewesen wäre, die Abtretung der Vormundschaft vom väterlichen Großvater verlangen könnte, während sie doch zweifellos, wenn sie anwesend ist, hinter ihm zurückstehen muß.

[90]) Damit ist keine wörtliche, sondern eine sachliche Conformität gemeint.

jedem Verwandten frei, sich binnen Jahresfrist um die Uebernehmung der Vormundschaft zu melden." v. Orlandini war nicht nur gegen Zeiller's Antrag, sondern trat offenbar auch für die Streichung von §. 239 i. f. ein, weil er glaubte, daß durch den fraglichen Satz ein Widerspruch mit anderen Gesetzesstellen geschaffen würde: Nach §. 190 des Entw. (§. 211 a. b. G. B.) könne nämlich auch beim Vorhandensein tauglicher Verwandten ein Fremder zum Mitvormund bestellt werden; bei §. 193 Entw. habe nun die Majorität (gegen die Meinung Orlandini's und Strobl's, welche in diesem Beschlusse eine Kränkung der Verwandten in ihrem Vorrechte fanden, am 19. Juli 1802) beschlossen (§. 215 a. b. G. B.), daß beim Austritt der Mutter der bisherige Mitvormund die Vormundschaft zu übernehmen habe. „In diesem Falle könne es aber den Verwandten nicht mehr freistehen, sich um die Uebernahme der dem Mitvormunde bereits übertragenen Vormundschaft zu melden." Die übrigen Votanten fanden diese Bemerkung zwar an sich richtig, nahmen aber Zeiller's Antrag gleichwohl an, da §. 215 a. b. G. B. eben eine Ausnahme von der hier aufgestellten Regel bilde. In zweien der obenerwähnten Texte steht denn auch der nach Zeiller's Antrag gefaßte Beschluß wörtlich, wie oben mitgetheilt, in einem anderen aber ist er schon im Ganzen = §. 259 corrigirt, nur steht im ersten Satze statt „wenn" das Wort „dafern;" die jüngeren Texte sind alle = §. 259 a. b. G. B.

Zu §. 240 des Entw. wollte das innerösterreichische Appellationsgericht bestimmt wissen, „daß das Gericht dem Ehemanne mit Vorzug vor den Verwandten die Vormundschaft übertragen solle." Zeiller fand — unter Zustimmung der Commission — es bestehe kein hinlänglicher Grund für eine solche Neuerung, besonders da man den Ehemann ohnehin ohne Ursache nicht leicht übergehe. Dagegen schlug er vor, den Passus über den Wahlvater zu streichen, „weil, wie er bei dem vierten Hauptstücke vorgeschlagen, dem Wahlvater die väterliche Gewalt zustehen soll."[91])

---

[91]) Diese Angabe Zeiller's ist nicht genau. Das innerösterreichische Appellationsgericht hatte (Protokoll vom 28. Juni 1802) zu §. 157 des Entwurfes beantragt, die Wahleltern sollten die Vormundschaft und Verwaltung des Vermögens haben. Dieser Antrag wurde für die Berathung über die Wirkungen der Adoption verwiesen. Bei dieser Berathung über §§. 160 und 161 Entw. (Protokoll vom 5. Juli 1802) formulirte Zeiller einen vom Entwurf abweichenden §. 161, in welchem der Satz vorkam (ähnlich dem §. 183 pr. a. b. G. B.): „In der Regel finden zwischen den Wahleltern und dem Wahlkinde und dessen Nachkommen gleiche Rechte, wie zwischen den ehelichen Eltern und Kindern statt . . ." Dieser Antrag wurde angenommen. Möglich, daß Zeiller darin auch die Bestimmung fand, daß der Wahlvater die Gewalt haben solle; aber gewiß ist, wie das Folgende im Texte zeigt, daß die übri-

Die übrigen Stimmen lehnten diesen Antrag ab und ließen den angefochtenen Passus stehen,[92]) weil bei §§. 160 und 161 Entw. „durch Mehrheit der Stimmen beschlossen worden, daß dem Wahlvater keine eigentliche väterliche Gewalt über das Wahlkind zustehen soll.“ [93]) Danach erhielt der Paragraph die Fassung: „Ein Ehemann kann die Vormundschaft über seine minderjährige Gattin und ein Wahlvater die Vormundschaft über sein Wahlkind übernehmen, insoferne das Pupillarvermögen dadurch keiner Gefahr ausgesetzt wird.“

In der zweiten Lesung war der Paragraph betreffend die Wirkung der Adoption nicht Gegenstand einer Debatte. In dem Entwurfe, der der zweiten Lesung zugrunde lag, hatte aber Zeiller seinen Antrag: „Der Wahlvater übernimmt die väterliche Gewalt“ nunmehr ausdrücklich mit den eben mitgetheilten Worten erneuert. Und da dieser Antrag nicht angefochten wurde, mußte er als stillschweigend beschlossen gelten.[94]) Danach aber konnte Zeiller bei der zweiten Lesung des §. 240 des Entw., „da der Ehemann durch die obigen Vorschriften ohnehin nicht ausgeschlossen werde“, die Fassung beantragen: „Ebenso kann ein Ehemann die Abtretung der Vormundschaft über seine minderjährige Ehegattin verlangen.“ Allein seine Collegen erklärten sich „bestimmt dagegen, daß dem Ehemanne das Recht zustehen soll, die Vormundschaft abzufordern.“ Vielmehr wurde beschlossen, die Vorschrift des Jos. G. B. (V. §. 87) deutlicher auszudrücken. Damit war der Standpunkt eingenommen worden, der in dem später formulirten §. 260 a. b. G. B. seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat; da er aber mit der potioris nominatio nichts zu thun hat, wäre es zwecklos, die weitere Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen mitzutheilen.

---

gen Votanten dem Beschlusse diesen Sinn nicht beilegten und daß in der ganzen Verhandlung über die Annahme an Kindesstatt nicht ausdrücklich beantragt oder gar beschlossen wurde, es solle der Wahlvater die väterliche Gewalt, oder er solle die Vormundschaft über das Wahlkind haben.

92) Dagegen wurden „die zwei letzten Zeilen des Entwurfes“ (nämlich die Worte: „es wäre denn, daß durch den geschlossenen Vertrag ein Anderes bestimmet worden wäre“) auf Antrag des Vicepräsidenten v. Haan gestrichen.

93) Diese Behauptung steht im Widerspruch mit dem cit. Protokoll zu §§. 160 und 161 Entw. S. Note 91 a. E.

94) Wie er denn auch in einigen im Archive des Justizministeriums enthaltenen Texten des a. b. G. B. vorkommt, während in anderen der Passus über die Vormundschaft des Wahlvaters fehlt.

IV. Das heute in Oesterreich geltende Recht.

Den nachgewiesenen geschichtlichen Grundlagen entspricht es vollkommen, daß die potioris nominatio auch im heutigen Rechte zwei Anwendungsfälle hat, die nach ganz verschiedenen Richtungen liegen. Das einemal handelt es sich dem Nominanten darum, die Pflicht eines Anderen zur Uebernahme einer Vormundschaft zur praktischen Geltung zu bringen; wie bei der römischen potioris nominatio macht ein Delat — doch kann es nach österr. Rechte auch ein Mann sein, der die Vormundschaft bereits übernommen hat — vor Gericht geltend, daß nach dem Willen des Gesetzes nicht ihm, sondern einem Anderen die Verpflichtung obliege, sich dieser bestimmten Vormundschaft zu unterziehen. In dem zweiten Falle dagegen will der Antragsteller seinen eigenen Anspruch auf eine Vormundschaft zur Geltung bringen, — er betont, daß er selbst der potior, daß er näher zu dieser Vormundschaft sei. In beiden Fällen aber begründet keineswegs jede wie immer geartete Potiorität eine nähere Pflicht oder ein näheres Recht; es hat also auch in dem ersten Falle unser Institut nicht den Zweck (der allerdings im älteren römischen Rechte vor der gesetzlichen Regelung der pot. nom. der maßgebende gewesen zu sein scheint), einen Delaten von der Vormundschaft lediglich auf den Grund hin frei zu machen, weil er überhaupt ein tauglicheres Subject für diese Vormundschaft namhaft zu machen weiß. Ja, nach den Worten des Gesetzes möchte man glauben, beide Fälle könnten nur auf einem ziemlich eng begrenzten Anwendungsgebiete — zu Lasten und zu Gunsten des gesetzlichen Vormundes — vorkommen. Denn von der näheren Pflicht sagt das Gesetz nur: Wer als vermeintlich nächster gesetzlicher Vormund zur Vormundschaft berufen wurde, soll mit Erfolg geltend machen dürfen, daß er nicht der nächste gesetzlich berufene sei. Und was das nähere Recht angeht, so wird es zuerkannt einerseits der minderjährig

gewesenen Mutter und dem minderjährig gewesenen Bruder,[95]) andererseits in dem Falle, da das Gericht einen Nichtverwandten zum Dativvormund bestellt hat, allen Verwandten. Wenn jedoch ein näherer Verwandter collidirt mit einem entfernteren, der die Vormundschaft bereits angetreten hat, dann soll sein näheres Recht nur unter der Voraussetzung durchgesetzt werden können, daß er früher sich zu melden gehindert war; war aber dies nicht der Fall, dann soll — vielleicht dürfen wir den Gedanken des Gesetzes so fassen — der Besitz stärker sein, als das nähere Recht. Mehr als diese dürftigen Sätze enthalten die zwei Gesetzesparagraphe — abgesehen von der einstweilen noch nicht in Betracht kommenden Fristbestimmung — nicht.

Wer aber bei diesen isolirten Rechtssätzen stehen bleiben wollte, wer in ihnen nicht den (wenn auch unvollständigen) Ausdruck eines Rechtsgedankens von größerer Tragweite erblickt, müßte zu Ergebnissen kommen, die das Gesetz füglich nicht gewollt haben kann. Setzen wir den doch leicht möglichen Fall: Ein Vater ist anscheinend ohne Testamemt (genauer: ohne selbst einen Vormund berufen zu haben) gestorben, und es übernimmt daher der nächste gesetzlich Berufene, etwa der väterliche Großvater oder ein Oheim des Mündels die Vormundschaft. Geraume Zeit nachher findet sich in einem Geheimfach des Schreibpultes des Verstorbenen ein holographes Testament desselben, in welchem ein Freund des Vaters zum Vormund bestellt ist. Wer wird hier glauben, daß es auch nun noch bei der gesetzlichen Vormundschaft zu verbleiben habe? Es kann doch nicht wohl zweifelhaft sein, daß der vom Vater Berufene sein besseres Recht geltend machen kann; ebenso ist aber auch nicht zu zweifeln, daß es dem die Vormundschaft bereits führenden Großvater oder Oheim gleichfalls freisteht, um seine Entlassung anzusuchen, und damit dem (tauglichen und nichtexcusirten) Testamentsvormund den Platz zu räumen. Und doch spricht das Gesetz kein Wort von einer solchen Collision zwischen dem gesetzlichen und dem vom Vater berufenen Vormund!

Ein anderer Fall: Der verstorbene Vater hat in seinem Testament schlechtweg[96]) einen Vormund berufen. Nach ein paar Jahren wird die Mutter des Mündels oder der älteste Bruder unter den mehreren Mündeln großjährig. §. 259 a. b. G. B.

---

[95]) Welches aber im Uebrigen die Voraussetzungen sind, unter denen dieses nähere Recht zur Geltung gebracht werden kann, ist im §. 259 a. b. G. B. so wenig bestimmt, daß man versucht sein könnte, aus seinem Wortlaute, namentlich mit Rücksicht auf den Rechtszustand einer früheren Zeit, Rechtssätze abzuleiten, die m. E. ganz haltlos wären.

[96]) D. h. ohne zu verfügen, daß dieser Vormund die Vormundschaft bis zur Großjährigkeit aller Kinder zu führen habe.

sagt schlankweg: Die Mutter oder der Bruder, zur Zeit der bestellten Vormundschaft minderjährig, können nach erreichter Großjährigkeit auf die Vormundschaft Anspruch machen; er unterscheidet nicht, auf welchem Delationsgrunde die inzwischen bestellte Vormundschaft beruht hatte, — die geschichtliche Entwicklung aber hat uns gezeigt, daß es nicht ausgeschlossen war, daß selbst der vom Vater berufene Vormund dem Sonderrechte dieser begünstigten Personen weichen mußte. Wie gesagt, die Fassung des Gesetzes legt die gleiche Entscheidung auch für das geltende Recht nahe, und doch möchte ich bezweifeln, daß irgend ein österreichischer Jurist geneigt sein könnte, die Frage in diesem Sinne zu beantworten!

Ueberhaupt ist der Eindruck kein befriedigender, den man von der unsere Frage behandelnden Literatur empfängt. Zwar fehlt es nicht an Schriftstellern, die zahlreiche Einzelfragen unserer Lehre richtig entscheiden, allein so viel ich sehe, hat nur Einer seine Entscheidungen auf ihre principielle Grundlage zurückgeführt; Viele übergehen zahlreiche Fälle, wo die pot. nom. zulässig ist, mit Stillschweigen; bald sind sie zaghaft in der Beurtheilung von Thatbeständen, die in dem Buchstaben des Gesetzes ihre Deckung nicht finden, bald sind sie kühn, indem sie willkürlich Voraussetzungen in das Gesetz hineintragen, die ihm fremd sind, bald finden wir recht platte, rationell sein sollende Begründungen der Rechtssätze, nirgends aber in den Commentaren auch nur den leisesten Versuch, dem Zusammenhang des geltenden Rechtes mit dem der Vergangenheit nachzugehen. Es sei gestattet, dies Alles durch einige Proben nachzuweisen.

Zeiller (Comm. I. S. 523 bis 525) zieht aus §. 258 pr. den Schluß, daß umsomehr auch ein Nichtverwandter (er meint den Dativvormund) um seine Entlassung ansuchen dürfe, wenn er einen tauglichen Verwandten vorschlagen könne. Den nämlichen Paragraphen i. f. versteht er dahin, daß der saumselige nähere Verwandte die Abtretung der Vormundschaft von dem entfernteren Verwandten darum nicht fordern könne, weil er im Verschulden versire; in Gegensatz dazu stellt er den Fall, daß die Meldung durch einen außerordentlichen Zufall verhindert wurde. Mit welchem Rechte der im Gesetze enthaltene Gegensatz so sehr verschärft wird, erhellt nicht. Von allen denen, die sich selbst als potiores nominiren können, sagt Zeiller, daß sie zwar ansuchen können, leugnet aber, daß sie ein Recht auf Gewährung ihres Gesuches haben.[97])

[97]) Scheidlein, Handb. I, S. 172 findet sogar, daß dies Ergebniß schon „aus den Worten des Paragraphen erhelle".

Was Zeiller aus §. 258 pr. (gewiß mit Recht) gefolgert hatte, das acceptirt zwar auch Nippel (Erläut. II. S. 441 f.), aber mit der aus §. 257 geschöpften Begründung, daß ein Nichtverwandter sich excusiren könne, so lange ein tauglicher Verwandter da ist; — er sieht eben nicht, daß Excusation und potioris nominatio ganz verschiedene Dinge sind. Weiter lehrt er (S. 444): War die Mutter oder der Bruder zur maßgebenden Zeit nicht minderjährig, sondern aus anderen Gründen zur Vormundschaft unfähig, so können sie auch, nachdem diese Gründe weggefallen sind, doch die Vormundschaft nicht beanspruchen, weil andere Gebrechen nachtheilige Folgen zurücklassen können, während das Gebrechen (!!) der Minderjährigkeit mit der erreichten Großjährigkeit ganz aufgehoben ist.[98]) Beachtet zu werden verdient, daß Nippel (S. 445 f.) sich gegen die Lehre Zeiller's wendet, daß das Gericht an die in unseren Paragraphen statuirten Rechte der Verwandten nicht gebunden sei.

Winiwarter (I. S. 536 f.) verschließt sich das richtige Verständniß dadurch, daß er nur von der gesetzlichen Berufung ausgeht. Der Vormund, sagt er, dürfe auch dann um seine Entlassung nachsuchen, wenn ihn nach der gesetzlichen Ordnung des §. 198 die Reihe, die Vormundschaft zu übernehmen, noch nicht getroffen habe. Umsomehr — und das ist ja sicher richtig — müsse auch ein Dativvormund seine Entlassung begehren können, wenn taugliche Verwandte vorhanden seien, und umgekehrt diese den Vorzug vor dem Dativvormund ansprechen können. Den Rechtssatz im zweiten Satze des §. 258 motivirt er damit, daß man den mit der Weitläufigkeit des Wechsels für den Pupillen verbundenen Nachtheil vermeiden wolle, und daß man voraussetzen dürfe, es werde jeder Verwandte die Vormundschaft gut verwalten. Mutter und Bruder haben ihr (gegen den vom Vater Berufenen kraftloses) Vorrecht wegen des engen Bandes der Verwandtschaft, und weil zu erwarten ist, daß sie eifriger sein werden, als andere Verwandte.

---

[98]) Ebenso Stubenrauch, Comm. 1. Aufl., I, S. 575, 7. Aufl. I, S. 363, Note 3 a. E. Bei Winiwarter, das österr. bürgl. Recht I, S. 537, lautet die Begründung der nämlichen Behauptung dahin, daß sich die Hebung anderer Gebrechen nicht so leicht nachweisen lasse! Beide Begründungen passen nur auf Geisteskrankheiten. Aber man denke an die Eigenschaft eines Ordensgeistlichen oder Ausländers oder an den Bestand einer noch nicht berichtigten Forderung zwischen dem Mündel und dem Vormundschaftsprätendenten! — Handelte es sich nicht um historisch überkommenes Recht, so wäre in der That nicht einzusehen, warum nicht auch bei anderen zeitweiligen Verhinderungen durch einen Zwischenvormund hätte geholfen werden können. Rudorff I, S. 397 ff., II, S. 20 f.

Ellinger, Handb. (3. Aufl. 1850 S. 138, 7. Aufl. 1877 S. 125 f.) war der Erste, der, von einem richtigen Gefühl geleitet, den Ansatz zu einer weiter blickenden Auffassung gemacht hat. Er lehrt: §. 258 passe nur auf die gesetzliche Vormundschaft, das heißt dem testamentarischen Vormund könne die Vormundschaft von einem gesetzlichen nie abgefordert werden; §. 259 aber gewähre der Mutter und dem Bruder ein Vorrecht sowohl vor den gesetzlichen, als auch vor den Dativvormündern, nicht aber vor dem Testamentsvormund, und im Collisionsfalle zwischen Mutter und Bruder gehe die Mutter vor. „Aus dem Geiste der §§. 258 und 259 scheint zu folgen, daß ein testamentarisch bestellter Vormund, der sich erst später entdeckte, die Abtretung der Vormundschaft von dem gesetzlichen oder gerichtlich bestellten Vormund zu begehren berechtigt ist . . . (und) scheinen auch umgekehrt gesetzliche oder gerichtlich bestellte Vormünder berechtigt zu sein, die Uebernahme der Vormundschaft von Seite des testamentarischen Vormundes zu begehren".

Unter ausdrücklicher Berufung auf die soeben unter Anführungszeichen mitgetheilten Aufstellungen Ellinger's schließt sich Stubenrauch (1. Aufl. 1. S. 574, 7. Aufl. S. 363) der nämlichen Lehre an, und begründet sie damit, daß das Gesetz die Reihenfolge der drei Delationsgründe feststelle und daß die testamentarische Berufung jeder anderen vorausgehe, die dative aber erst an dritter Stelle stehe. Daraus leitet er dann auch das Recht der Verwandten ab, einem Dativvormund die Vormundschaft abzufordern und umgekehrt das Recht des Letzteren, einen später entdeckten tauglichen Verwandten vorzuschlagen. „Aus gleichem Grunde" kann auch der entferntere Verwandte den nachträglich zum Vorschein gekommenen Näheren als potior nominiren, während aus Utilitätsgründen nicht auch der Nähere die Abtretung der schon angetretenen Vormundschaft von dem Entfernteren verlangen kann.

Auffallenderweise hat Stubenrauch's Lehre — die einzige, die alle Regelsätze auf einen leitenden Gedanken zurückführt — auf die Späteren sehr wenig Eindruck gemacht; — ob nur darum, weil das Princip nicht mit genügender Schärfe als allgemeines hingestellt ist,[99]) ob darum, weil die Begründung ganz fehlt, die sich aus dem älteren Rechte von selbst ergibt, wird schwer zu entscheiden sein. Ich nenne von diesen Späteren Kirchstetter und Krainz.

---

[99]) Wer nicht sehr aufmerksam liest, kann den Eindruck gewinnen, daß Stubenrauch das unter seiner Nr. 1 aufgestellte Princip nur zur Begründung der aus Ellinger's Werke entnommenen Sätze benutzen wolle.

Kirchstetter (Comm. 1. Aufl. 1868 S. 127, 5. Aufl. 1894 S. 148 f.) fällt zurück in eine die einzelnen Gesetzesbestimmungen isolirende Behandlung. „Das österreichische Recht fordert blos, daß überhaupt ein näherer tauglicher Verwandter vorgeschlagen werde. Die nominatio potioris ist blos ein Recht des ernannten Vormundes, der als vermeintlich nächster Verwandter[100]) zum Vormund bestellt wurde, einen näheren Verwandten[101]) dazu vorzuschlagen und keine Pflicht desselben". Der Nähere kann in der Regel gegen den Willen des bisherigen Vormundes die Abtretung der Vormundschaft nicht verlangen, ausgenommen 1. den Fall, daß der Nähere sich zu melden gehindert war, 2. den Fall der Mutter und des Bruders; endlich 3. kann jeder Verwandte einem Dativvormund die Vormundschaft abfordern. Indem Kirchstetter davon ausgeht, die pot. nom. sei blos ein Recht des ernannten Vormundes (nicht auch des potior selbst), versucht er auch hier — was bei ihm auch sonst nicht selten vorkommt — eine Zurückromanisirung unseres Rechtes.[102]) Was er dann in den statuirten Ausnahmen denn doch als Recht des potior anzuerkennen nicht umhin kann, entbehrt der principiellen Grundlage ganz.

Auch bei Krainz, System §. 475 kommt die pot. nom. (als Ablehnung seitens des Berufenen) nur für den Fall vor, daß ein vermeintlich nächster Verwandter einen näheren[103]) namhaft macht; dabei werden die Worte „später entdeckten" sehr ernst genommen, indem Krainz (Note 2) dem Delaten das Recht der Nomination abspricht, woferne ihm „die Existenz" des näheren Verwandten zur Zeit der Bestellung bekannt war. Außerdem gewährt er das gleiche Recht einem Dativvormund, der darum ernannt wurde, weil dem Gerichte die Existenz tauglicher Verwandten nicht bekannt war. Sich selbst dürfen als potiores nennen die minderjährig gewesene Mutter bezw. der Bruder nach erreichter Großjährigkeit[104]), ferner jeder taugliche Verwandte gegenüber einem Dativvormund, endlich der nähere Verwandte,

---

[100]) Kirchstetter denkt also die pot. nom. nur als ein Mittel, den nächsten Verwandten durch einen entfernteren heranziehen zu lassen, also beschränkt auf die gesetzliche Vormundschaft.

[101]) Er denkt gar nicht an den testamentarisch bestellten Vormund.

[102]) Wie er denn auch seine Darstellung nur mit der Erwähnung eines romanistischen Satzes einleitet, des deutschen Rechtes aber gar nicht gedenkt.

[103]) Daß er einen vom Vater Berufenen namhaft machen dürfe, wird nicht erwähnt.

[104]) Nur nicht gegenüber dem vom Vater Berufenen; „auch kann die Mutter nicht vom Großvater, der Bruder nicht von der Mutter oder Großmutter die Abtretung der Vormundschaft verlangen".

wenn er ohne sein Verschulden an der Meldung gehindert war, gegenüber dem entfernteren Verwandten.

Mir scheint das Richtige Folgendes zu sein:

Was wir auch für das österr. Recht mit dem Namen der potioris nominatio bezeichnen können, das ist nichts Anderes, als der Regulator,[105]) mittelst dessen die gesetzliche Reihenfolge der drei Delationsgründe[106]) der Vormundschaft durchgeführt werden soll. Es handelt sich ja um die Frage: Wer ist der Nähere zu dieser Vormundschaft?[107]) und diese Frage findet ihre correcte Lösung eben in den gesetzlichen Bestimmungen über den Rang der Delationsgründe. Die gesetzliche Reihenfolge soll insbesondere auch dann zur Geltung gebracht werden können, wenn gegen sie — etwa durch Versehen des Gerichtes — verstoßen wurde, oder wenn sie nach dem Inhalt des Gesetzes selbst darum zunächst nicht verwirklicht werden konnte, weil gewisse, an sich zu den nächstberufenen gehörende Personen zur Zeit der Delation durch den vorübergehenden Unfähigkeitsgrund der Minderjährigkeit von der Berufung geradezu ausgeschlossen waren.[108]) Daß durch diese Auffassung das Gebiet der pot. nom.

---

[105]) Damit soll nicht gesagt sein, daß es nicht noch andere Mittel geben könne, die dem gleichen Zwecke zu dienen im Stande wären. Vgl. z. B. L. 9 C. Qui dare tut. 5. 34. Hat ein Mündel bereits einen tutor legitimus — und er hatte ihn ja ohne Bestellung — und wird ihm gleichwohl ein Dativvormund bestellt, so ist diese Datio nichtig (Rudorff I, S. 381 f.) und der nichtig bestellte Tutor kann die Bestellung mit der Nichtigkeitsbeschwerde zurückweisen oder die Vormundschaft niederlegen. Rudorff II, S. 6.

[106]) Wohl sprechen die §§. 258, 259 ausdrücklich nur von dem Vorzug der Verwandtenvormundschaft vor der dativen und dem Vorzug des näheren vor dem entfernteren Verwandten — aber damit ist nicht gesagt, daß Collisionen, die sich gegenüber der testamentarischen Delation ergeben, nach anderen (nirgends aufgestellten!) Regeln zu behandeln seien. In der Praxis mögen wohl seit Jahrhunderten die Fälle der pot. nom. nicht häufig streitig gewesen sein, und gewiß waren Collisionen mit dem testamentarisch bestellten Vormund am seltensten, ihre Lösung aber auch in der Regel von vorneherein nicht zweifelhaft. So begreift sich, daß auch die Quellen der älteren Zeit nur von Collisionen zwischen Verwandten untereinander oder zwischen Verwandten und Dativvormündern zu handeln pflegen. Der einzige Fall aus neuerer Zeit, den ich in der Sammlung (XXIV. Nr. 11313) gefunden habe, ist von der letzteren Art.

[107]) So allgemein lautet ja die Frage schon in der oben bei Note 53 angeführten Iglauer Entscheidung: utrum ego sum proximior ad illos orphanos, an ipsa mulier, und die Antwort lautet: tu es propinquior ad hoc. Allen älteren Rechtsquellen, die wir angeführt haben, erscheint diese Auffassung als die durchaus selbstverständliche, ja als die allein mögliche.

[108]) Die Collisionsfälle zwischen Mutter und Bruder des Mündels sind nur von diesem Standpunkte leicht und sicher zu lösen: Wird die Mutter vor dem Bruder großjährig, so kann sie jeden dativen und jeden gesetzlichen Vormund (den väterlichen Großvater ausgenommen) verdrängen, der später großjährig werdende Bruder aber hat kein Recht, ihr die Vormundschaft abzufordern.

gegenüber der ursprünglichen romanistischen pot. nom. einerseits erheblich verengert ist, ist ebenso klar, wie daß es nach anderer Richtung sehr erweitert ist, indem sie nun nicht nur dem Dativvormund zusteht, sie ferner auch die Niederlegung einer schon angetretenen Vormundschaft im Gefolge haben kann und in gewissen Fällen der potior selbst sie zu dem Zwecke gebrauchen kann, um sich an die Stelle des Entfernteren zu setzen.

Von den Fällen, wo der Nominirende einen Anderen als potior vorschlägt, nennt das a. b. G. B. nur den einen Fall, daß Jemand, dem als vermeintlich nächsten Verwandten die Vormundschaft aufgetragen wurde, einen näheren und tauglichen Verwandten entdeckt und diesen an seinerstatt vorschlägt. Daß es dabei nicht darauf ankommt, daß ein Auffinden eines bis dahin unbekannt gewesenen näheren Verwandten stattfinde, sondern nur darauf, daß der Nominant diesen näheren Verwandten dem Gerichte erst namhaft mache, nachdem ihm (dem Nominanten) die Vormundschaft mindestens schon gerichtlich zugemuthet ist, dafür spricht die Entwicklung des älteren Rechtes und es ist wohl auch herrschende Lehre. In diesem Falle kann nun dieser Delat oder Vor-

---

Wird umgekehrt der aus einer früheren Ehe des Vaters stammende Bruder früher großjährig als die Mutter, so kann er die Vormundschaft jedem Dativvormund und ebenso auch jedem solchen gesetzlichen Vormund avociren, der nach §. 198 a. b. G. B. der Vormundschaft weniger nahe ist, als er selbst; hier kann aber — da der zweite Satz des §. 258 das Sonderrecht der Mutter und des Bruders nicht berührt — die nach ihm zur Großjährigkeit gelangte Mutter die Vormundschaft auch ihrem Stiefsohn abfordern. Ebenso ist nach §. 198 klar, daß die Mutter auch in dem Falle den Vorzug vor dem Bruder haben müßte, wenn beide an demselben Tage großjährig werden. Eine andere, bisher nie erschöpfend untersuchte Frage dürfte gleichfalls keine Schwierigkeit machen: Es ist zwar bekanntlich nicht außer Streit, ob die Mutter, wenn sie zur gesetzlichen Vormundschaft berufen ist, nach österr. Rechte zur Uebernahme der Vormundschaft nur berechtigt oder dazu auch verpflichtet ist. M. E. ist sie verpflichtet, denn sie ist unter den Excusationsberechtigten nicht genannt, und ist im §. 198 in der Reihe der Verpflichteten angeführt, ohne daß ihr diesfalls eine Sonderstellung eingeräumt wäre. Vom Bruder steht fest, daß er verpflichtet ist, wenn ihn die Reihe trifft. Was nun aber das Sonderrecht Beider für den Fall nachträglicher Erreichung der Großjährigkeit nach §. 259 a. b. G. B. angeht, so scheint es mir gewiß, daß Beiden nur ein Recht zusteht, nicht aber eine Verpflichtung obliegt, an die Stelle des schon bestellten Vormundes zu treten. §. 198 denkt doch nur an den Zeitpunkt der Delation und ordnet für diesen den Rang des Rechtes und der Pflicht; im Falle des §. 259 aber ist nicht von einer neuen Delation die Rede; vielmehr ist eine rechtsgiltig bestellte Vormundschaft da, welcher nur die Mutter oder der Bruder durch Geltendmachung ihres „Anspruches" ein Ende machen können; sie erlischt aber auch nicht von selbst, wie das im älteren Rechte zu Gunsten des Bruders der Fall war. Wir müssen also wohl sagen: Macht die Mutter (der Bruder) den Anspruch nicht geltend, so ist durchaus kein Anlaß vorhanden, an der schon bestehenden rechtlichen Ordnung des Falles irgendwie zu rütteln.

mund verlangen, daß ihm die Vormundschaft abgenommen und dem Näheren auferlegt werde, doch ist er nicht verpflichtet, dies zu thun.

Das ist der einzige Fall dieser Art, den das Gesetz nennt, gewiß aber nicht der einzige, den es zulassen will. Zwar ein vom Vater berufener Vormund hat dieses Recht nicht, mag der Verwandte, den er vorschlagen will, ein noch so naher Blutsfreund des Mündels sein, denn die testamentarische Delation geht, soweit sie reicht, unbedingt jeder anderen vor.[109]) Wenn aber das Gesetz dem entfernteren Verwandten des Mündels gestattet, die Bürde der Vormundschaft abzulehnen und sie einem anderen Verwandten darum zuzuschieben, weil dieser näher mit dem Mündel verwandt ist, so muß ja umsomehr ein Nichtverwandter, dem das Gericht die Dativtutel aufgetragen hat, mag er sie bereits übernommen haben oder nicht, das gleiche Recht haben, woferne er einen tauglichen Verwandten namhaft machen kann, denn die Dativvormundschaft findet ja erst dann Platz, wenn die Vormundschaft weder auf Grund der Anordnung des Vaters, noch auf Grund der Verwandtschaft „bestellt werden kann" (§. 199 a. b. G. B.). Beide Fälle, der im Gesetze genannte und der hier in Frage stehende, kommen ja in dem durchaus entscheidenden Momente überein, daß Jemand, der factisch zu einer Vormundschaft berufen wurde, geltend macht, nicht er, sondern ein Anderer sei Derjenige, der von Rechtswegen dazu berufen werden müsse. Ist aber dies der wahre Grund des jus pot. nom. im österreichischen Rechte, dann muß auch Jeder, der als gesetzlicher oder als Dativvormund zu einer Vormundschaft berufen wurde, — woferne er einen vom Vater[110]) berufenen Vormund dem Gerichte nachweist, diesen als potior mit der Wirkung vorschlagen dürfen, daß nun der testamentarisch Ernannte als Vormund bestellt wird, und zwar gleichfalls mit Rücksicht auf den feststehenden, im §. 196 a. b. G. B. enthaltenen Rechtssatz.

Ist es richtig, daß die praktische Durchführung des Vorzugs der testamentarischen Vormundschaft vor jeder anderen und des Vorzugs der gesetzlichen vor der dativen der leitende Gedanke in unserem Institut ist, so muß der nämliche Gedanke auch in der umgekehrten Richtung wahr und wirksam sein — m. a. W.

---

[109]) §. 196 a. b. G. B.: „Vor Allen gebührt die Vormundschaft demjenigen, welchen der Vater dazu berufen hat . . ." Auch Mutter und Bruder des Mündels können, wenn sie später zur Großjährigkeit gelangen, ihm die Vormundschaft so wenig streitig machen, als sie sie ihm gegenüber in Anspruch nehmen können, wenn sie zur Zeit der Delation großjährig (und tauglich) sind.

[110]) Etwa in einem erst später aufgefundenen Testamente oder Codicill.

auch der nach der Rangordnung der Delationsgründe als potior Erscheinende selbst muß, wenn er factisch übergangen wurde, verlangen dürfen, daß der ihm zu Unrecht Vorgezogene[111]) entlassen und er, der potior, an dessen Stelle gesetzt werde. Die volle Consequenz würde hienach verlangen, daß der testamentarisch Berufene[112]) jedem Anderen, der ihm aus irgend welchem Grunde factisch vorgezogen wurde, die Vormundschaft abverlangen dürfe; ebenso müßte der gesetzlich Berufene gegenüber dem Dativvormund, und nicht minder der näher Verwandte gegenüber dem mit der Vormundschaft betrauten entfernteren Verwandten fordern dürfen, daß der factisch Bestellte zur Vormundschaft nicht zugelassen, beziehungsweise daß er wieder entlassen und der sich selbst als potior Erweisende an seine Stelle gesetzt werde. Wenn nach dem Gesetze (§. 196 a. b. G. B.) die Vormundschaft „vor Allen" dem vom Vater Berufenen „gebührt", wenn in Ermangelung eines solchen die Vormundschaft „vor Allen" dem im §. 198 bezeichneten Verwandten „anzuvertrauen ist", und wenn endlich ein Dativvormund nur dann zu bestellen ist, wenn die Vormundschaft auf die eben „angeführte Art nicht bestellt werden kann" (§. 199 a. b. G. B.) — so wird sich für das österr. Recht nicht behaupten lassen, daß der nach §. 196 oder 198 a. b. G. B. im einzelnen Falle zu Bestellende kein Recht auf die Vormundschaft habe, sondern die Verwirklichung der im Gesetze angeführten Rangordnung von dem Ermessen des Vormundschaftsgerichtes abhänge.[113])

Ich glaube, darauf Gewicht legen zu dürfen, daß der Grundsatz, aus dem die soeben — vorerst nur hypothetisch — aufgestellten Postulate sich ergaben, im §. 259 zweifach anerkannt

---

[111]) Principiell könnte es auch keinen Unterschied machen, ob der zu Unrecht Berufene die Vormundschaft bereits übernommen hat oder nicht.

[112]) Seine Tauglichkeit — selbstverständlich — vorausgesetzt.

[113]) Die Erweiterung des Wirkungskreises der Obervormundschaft hat allerdings vielfach dahin geführt, daß der im Text abgelehnte Satz (in größerem oder geringerem Umfange) geltendes Recht geworden ist. Kraut I. S. 254 f. A. L. R. II. 18 §. 192 bis 194. Auch in Oesterreich ist er schon vor einem Jahrhundert behauptet worden: Wiener-Heineccius I. S. 114: „Bei uns kann die Obrigkeit den letztwilligen und gesetzlichen Vormund übergehen und einen anderen Vormund bestellen, nur müssen dazu wichtige Ursachen vorhanden sein, sonst könnte sich der verworfene letztwillige oder gesetzliche Vormund im Wege Rechtens beschweren." §. 198 a. b. G. B. geht sicherlich nicht von diesem Standpunkte aus; m. E. spricht er unverkennbar aus, daß die Blutsfreunde zur Uebernahme der Vormundschaft wie verpflichtet, so auch berechtigt sind. Dem Ermessen des Vormundschaftsgerichtes bleibt daneben ein genügend breiter Spielraum bei der Prüfung der „nothwendigen" Entschuldigungsgründe. Vgl. auch weiter unten im Texte über §. 215 und §. 258 i. f.

ist; er ist anerkannt zu Gunsten des gesetzlichen Delaten gegenüber der gerichtlichen Delation, und er ist anerkannt, soweit es sich um das Recht der großjährig werdenden Mutter und des großjährig werdenden Bruders handelt, auch für das Rangverhältniß innerhalb des Kreises, in dem die gesetzliche Delation gilt. Da dieser Rechtssatz nur rücksichtlich des Sonderrechtes der später großjährig werdenden Mutter und des in gleicher Lage befindlichen Bruders etwas Singuläres enthält, im Uebrigen aber nur Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes über die Reihenfolge der Delationsgründe ist, so darf und muß er überall angewendet werden, soweit ihm nicht gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen; ebensoweit sind daher auch die vorhin aufgestellten Postulate als im Sinne des Gesetzes liegend anzusehen.

Abweichende Bestimmungen des Gesetzes finden sich nur für zwei Fälle: „Wenn eine Vormünderin austritt, so ist die Vormundschaft in der Regel dem gewesenen Mitvormunde aufzutragen" (§. 215 a. b. G. B.), auch wenn er mit dem Mündel nicht verwandt ist, taugliche Verwandte aber vorhanden sind. Ist dieser Mitvormund vom Vater berufen, dann entspricht dieser Rechtssatz sogar den allgemeinen Regeln über den Rang der Delationsgründe; aber auch in den übrigen Fällen, wo er diesen Rang durchbricht, darf er uns an dem aufgestellten Grundsatze nicht irre machen, weil die Berathungsprotokolle des a. b. G. B. ergeben, daß die Gesetzverfasser selbst den im §. 215 statuirten Rechtssatz als eine Ausnahme bezeichnen, als einen Fall, wo aus einleuchtenden praktischen Gründen der Nichtverwandte dem Verwandten vorgezogen werden soll. Außerdem besteht eine von unserem Principe abweichende Bestimmung nur für den Fall, in welchem es wünschenswerth — wieder aus praktischen Gründen — erschien, einen Wechsel in der Person des Vormundes nach Möglichkeit zu vermeiden. Es soll nämlich, wenn es zur Bestellung eines gesetzlichen Vormundes gekommen ist,[114]) der nähere Verwandte darum allein, weil er näher verwandt ist, nicht verlangen dürfen, daß ihm ein minder naher Verwandter, der die Vormundschaft bereits angetreten hat, weiche. Auch dieser Ausnahmsfall aber bestätigt sehr bestimmt unsere Regel. Denn nur in der eben angegebenen Begrenzung des Ausnahmsfalles weicht das Gesetz von der oben postulirten vollen Consequenz ab. Hatte der entferntere Verwandte, der zur Vormundschaft berufen worden war, dieselbe noch nicht angetreten,

---

[114]) Nur in diesem Falle; daß, wenn der Vater den Vormund ernannt hat, nicht die Rede davon sein kann, daß ein Verwandter den testamentarischen Vormund zu verdrängen berechtigt sei, wurde bereits nachgewiesen.

so muß er dem näher Verwandten weichen. Ja selbst wenn er sie bereits angetreten hatte, gilt das Gleiche, wenn der näher Verwandte „früher sich zu melden gehindert worden". Dieses letztere Recht, die Vormundschaft einem entfernteren Verwandten, der sie schon angetreten hatte, nachträglich abzunehmen, haben im Rahmen des §. 198 a. b. G. B. alle näheren Verwandten, also auch die Mutter und der Bruder.[115])

Hienach ist wohl nicht mehr zweifelhaft: Der Gedanke, der all' den besprochenen Rechtssätzen zugrunde liegt, ist der, es solle derjenige, der nach den Regeln über die Reihenfolge der Delationsgründe der Nächstberufene ist, auch dann, wenn er thatsächlich zurückgesetzt wurde, fordern können, daß ihm die Vormundschaft anvertraut werde. Ist das richtig, dann muß gewiß auch der testamentarisch Berufene, wenn ihm ein Anderer vorgezogen wurde (etwa, weil man von seiner testamentarischen Berufung nichts wußte), die Vormundschaft gerade so in Anspruch nehmen können, wie sie nach §. 259 i. f. der gesetzlich Berufene vom Dativvormund für sich verlangen kann, wenn das Gericht von seiner Existenz oder von seinem Rechte keine Kenntniß hatte. Nur der näher Verwandte hat dieses Recht gegenüber dem entfernter Verwandten nicht unbedingt, sondern nur in den Schranken des §. 258 i. f.

Die gesetzgeberischen Vorarbeiten nöthigen uns zur Aufwerfung von zwei weiteren Fragen. Die erste ist diese: Ist es unerläßlich, daß der potior sich selbst melde beziehungsweise daß der factisch bestellte Vormund ihn nominire? Ist es nicht vielmehr Sache des Vormundschaftsgerichtes, den unterlaufenen Fehler von Amtswegen zu saniren, sobald es wahrnimmt, daß die stattgehabte Ordnung der concreten Vormundschaft gegen den gesetzlichen Rang der Delationsgründe verstößt? Die Vorarbeiten bejahen diese Frage aufs Bestimmteste. Der Cod. Theres. a. a. O. Nr. 45, 51, Horten's Entw. §. 8 und das Jos. G. B. §. 7 gestatten dem Vormundschaftsgerichte zu jeder Zeit, den Fehler auch ohne Antrag eines Interessenten zu verbessern; nur muß dies nicht immer geschehen, sondern soll nur verfügt werden, wenn das Interesse des Mündels diesen Vorgang wünschenswerth (beziehungsweise unumgänglich nothwendig) erscheinen läßt. Das a. b. G. B. schweigt über die Frage, aber sein Schweigen muß keineswegs eine Verneinung bedeuten. Wo der factisch bestellte

---

115) Hier bestimmt sich auch das Recht dieser Beiden des Näheren nach §. 258 i. f., das heißt es ist vorausgesetzt, daß sie nicht durch Minderjährigkeit, sondern durch ein anderes Hinderniß an der rechtzeitigen Meldung gehindert waren.

Vormund z. B. „pflichtwidrig verwaltet“ (§. 254 a. b. G. B.), wird das Gericht ihn entlassen müssen, weil — mit dem Jos. G. B. zu sprechen — „das Wohl des Waisen es fordert“, und wird ihn dann eben durch den potior ersetzen. Aber auch abgesehen von solchen Thatbeständen: Da §. 254 nur von Fällen spricht, wo der Vormund von Amtswegen entlassen werden muß, so ist damit die Frage nicht entschieden, ob es nicht auch Fälle gebe, wo er von Amtswegen entlassen werden kann. Betonen wir die Pflicht des potior zur Uebernahme der Vormundschaft, die ja dadurch nicht aufgehoben sein kann, daß das Gericht irrigerweise einen vom Gesetze nicht oder noch nicht Berufenen bestellte, so ist es gar nicht unwahrscheinlich, daß unsere Frage auch da im Sinne des älteren Rechtes zu behandeln ist, wo der factisch bestellte Vormund nicht an einer jener Disqualificationen leidet, wie sie §. 254 voraussetzt.

Die zweite Frage ist die: Wie weit ist die pot. nom. an eine Frist gebunden? Größer und schlimmer, als die Unklarheit diesfalls bei unseren Schriftstellern ist, könnte sie kaum sein. Zwar darüber scheinen die Meisten einig, daß eine Fristbestimmung nur für den sein Recht reclamirenden potior bestehe, nicht aber auch für den factisch bestellten Vormund, der seine Enthebung verlangt und dem potior seinerseits Platz machen will;[116]) doch ist auch das durchaus nicht bei Allen deutlich gesagt und ihre Einigkeit betrifft eigentlich nur das, was sie negiren, während sie in ihren positiven Aufstellungen stark auseinandergehen. Selbstverständlich kann Niemand verkennen, daß im Gesetze die Frist von einem Jahre nur für den einzigen Fall vorgeschrieben ist, wo ein Verwandter einem Dativvormunde die Vormundschaft abfordern will; sofort gehen aber die Meinungen wieder auseinander: bei den Einen soll die Frist auch für die Mutter und den Bruder gelten (Nippel, Stubenrauch, Kirchstetter),[117]) bei Anderen wird das wenigstens nicht ausdrücklich gesagt; bald soll die Jahresfrist von dem Zeitpunkte zu laufen beginnen, wo der Reclamant von dem Eintritte des Vormundschaftsbedürfnisses erfahren hat (Nippel), bald von dem Zeitpunkte, wo der zu verdrängende Vormund vom Gerichte bestellt wurde (Winiwarter, Stubenrauch)),[118]) bald wird §. 258

---

[116]) Anders aber Ellinger S. 126, der ausdrücklich erklärt, daß auch der gesetzliche oder Dativvormund nur innerhalb einer Jahresfrist verlangen könne, daß der testamentarische Vormund (also der potior) an seine Stelle trete.

[117]) Ellinger will sie auf den Testamentarius anwenden, der den gesetzlichen oder Dativvormund verdrängen will.

[118]) Winiwarter und Stubenrauch begründen dies damit, daß das fragliche Recht (§. 1478) von diesem Zeitpunkte an ausgeübt werden

i. f. und §. 259 i. f. combinirt, und die Jahresfrist erst vom Aufhören der Verhinderung berechnet, wie man auch der großjährig werdenden Mutter und dem Bruder die Frist von ihrer Großjährigkeit laufen läßt (vgl. Zeiller, Winiwarter, Ellinger, Stubenrauch, Krainz). Eine eingehende Begründung für alle diese Aufstellungen fehlt beinahe bei Allen, sie begnügen sich damit, sich auf den Geist des Gesetzes oder die Analogie zu berufen. Nur Kirchstetter hat sich auf eine Begründung eingelassen. Er lehrt: Die Frist kommt in drei Fällen zur Anwendung: 1. wenn der reclamirende Verwandte früher sich zu melden verhindert war, wo sie zu laufen beginnt mit dem Aufhören des Hindernisses; 2. für die das Großjährigkeitsalter erst nach Bestellung der Vormundschaft erreichende Mutter (Bruder), wo sie vom Tage der Großjährigkeit lauft und 3. für den die Vormundschaft vom Dativvormunde ansprechenden Verwandten, in welchem Falle die Frist vom Tage der Zustellung des Vormundschaftsdecretes an den Dativvormund laufen soll. Daß diese Lehre aus §§. 258 und 259 allein „nicht mit Sicherheit zu entnehmen" ist, verhehlt sich Kirchstetter nicht; er gibt sogar zu, man könnte „am ersten" glauben, daß das Recht der Mutter und des Bruders als besonders naher Verwandter an gar keine Frist gebunden sei. Doch sei das nicht anzunehmen wegen des engen „Zusammenhanges, in welchem gerade dieser Fall mit dem Bestreitungsrechte der Verwandten gegen Nichtverwandte abgehandelt wird, für welch letzteren Fall diese Frist zunächst gegeben erscheint." Die Frist müsse aber auch gelten für den näheren Verwandten gegenüber dem entfernteren, weil nicht abzusehen sei, warum hier eine längere Frist gelten sollte, als im Verhältniß zwischen den Verwandten und dem Dativvormunde, im Gegentheile der die Vormundschaft bereits führende entferntere Verwandte dem näheren gegenüber eher mehr Rücksicht verdiene(!), als der Dativvormund gegenüber was immer für einem Verwandten. „Endlich muß man auch schon aus der Ermangelung der Festsetzung einer Fristbestimmung für die ersten beiden Fälle darauf schließen, daß diese Jahresfrist für alle drei Fälle gelte"(!?).

Auf solchen Wegen ist ein befriedigendes Ergebniß nicht zu erreichen, wohl aber weist uns die Entstehungsgeschichte der Fristbestimmung einen zum Ziele führenden Weg. Fristbestimmungen in der Lehre von der Bestellung der Vormünder begegneten uns zuerst in den Berathungen der ersten Arbeiter am Codex Theresianus. Aber die — in den Codex gar nicht auf-

---

könne. Ob damit behauptet werden soll, daß die Jahresfrist eine Verjährungsfrist sei, wird nicht gesagt, und ist wohl auch kaum gemeint (arg. §. 1481).

genommene — Frist von Jahr und Tag, innerhalb deren jeder männliche Verwandte verpflichtet (unter gewissen Umständen nur berechtigt) sein sollte, sich zu melden, und ebenso auch die später beschlossene vierzehntägige Frist, während deren das Gericht auf die Meldung der Verwandten zu warten hatte, haben Aufgaben, die mit der uns hier beschäftigenden Frist noch nichts gemein haben. Dagegen ist wohl zu beachten: Für das Recht des factisch bestellten Vormundes, einen potior zu nominiren, stellt schon der Codex keine Fristbestimmung auf; wohl aber kann, wenn ein Verwandter oder ein Extraneus provisorisch zum Vormund bestellt wurde, der nähere Verwandte seine Potiorität binnen Jahr und Tag vom Tage der geschehenen Bestellung des provisorischen Vormundes zur Geltung bringen. Nach Verlauf dieser Frist ist dieses Recht erloschen, es sei denn, daß er sich auf solche Ehehaften zu berufen vermag, wegen welcher die Verjährung nicht laufen kann. Die gleiche Frist von Jahr und Tag gilt auch für das Recht der bereits großjährigen Mutter, für den Fall aber, daß die Mutter erst später großjährig wird, ist die Geltendmachung ihres Rechtes an keine Frist gebunden; für die Durchsetzung des Rechtes des großjährig werdenden Bruders kann es gar keine Frist geben, denn mit dem Eintritte seiner Großjährigkeit erlischt das Amt des bisherigen Vormundes ipso jure.

Horten's Entw. und das Jos. G. B. stehen, was die allgemeinen Regeln über die Frist anbelangt, auf dem Standpunkte des Codex. Von einer Fristbestimmung für Geltendmachung des Sonderrechtes der Mutter und des Bruders (dessen Großjährigkeit nicht mehr ipso jure das Recht des bestellten Vormundes endigen macht) enthalten sie nichts. In Martini's Entw., sowie im westgal. G. B. fehlt in unserer Lehre jede Fristbestimmung, es erschien also auch der Gesetzgebung nicht immer unerläßlich, die Geltendmachung der Potiorität in zeitliche Grenzen einzuschließen! Endlich aber wurde denn doch die Jahresfrist in den Schlußsatz des §. 259 a. b. G. B. wieder aufgenommen. Warum? Es war gefragt worden, ob nur ein minderjähriger Verwandter nach erlangter Großjährigkeit oder ob jeder (taugliche) Verwandte dem Dativvormund die Vormundschaft abfordern könne. Um diese Frage unzweideutig im letzteren Sinne zu beantworten, wurde der Schlußsatz des §. 259 beschlossen, und da das in Anlehnung an das Jos. G. B. geschah, so kam — man kann sagen fast zufällig — auch die Jahresfrist in das Gesetz. Aber sie ist doch im Gesetze nur für den einzigen Fall vorgeschrieben, daß ein Dativvormund bestellt war und sich dann ein gesetzlich Berufener meldet — sie

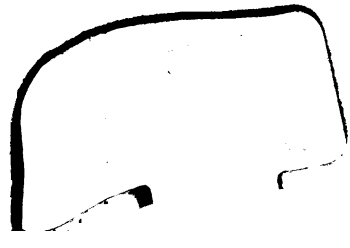
auch auf andere Fälle auszudehnen, fehlt es an jedem triftigen Grund. Wir werden also das Gesetz dahin verstehen müssen: Der factisch bestellte Vormund ist *jederzeit* berechtigt, einen potior mit der Wirkung vorzuschlagen, daß er (der Nominant) entlassen werden muß. Umgekehrt kann auch der potior (der Testamentarius, Mutter oder Bruder nach erreichter Volljährigkeit) sich *jederzeit* mit dem Erfolge melden, daß der bisherige Vormund entlassen und die Vormundschaft dem Reclamanten übertragen wird. Nur der gesetzliche Vormund kann den dativen *nach Ablauf eines Jahres*[119]) aus seiner Stellung nicht mehr verdrängen — es war eben seine Sache, sich rechtzeitig zu melden, da er doch normalerweise über sein Verwandtschaftsverhältniß im Klaren sein muß. Endlich kann der nähere Verwandte dem minder nahen Verwandten, der die Vormundschaft bereits angetreten hat, die Abtretung der Vormundschaft nur unter der Voraussetzung zumuthen, daß er selbst *verhindert* war, sich *rechtzeitig zu melden*.[120]) Ist es nun, wie oben ausgeführt wurde, richtig, daß die Vormundschaftsbehörde durch keinen Zeitablauf gehindert ist, den bei der Bestellung des Vormundes begangenen Fehler von Amtswegen zu verbessern, so ergibt sich von selbst, daß auch das regelmäßige Wegfallen jeder Fristbestimmung für die Zulässigkeit der einschlagenden Parteienanträge nichts praktisch Bedenkliches oder auch nur Befremdliches an sich hat; es kann eben regelmäßig das, was die Behörde immer von Amtswegen thun kann, auch durch einen Parteiantrag angeregt werden.

---

[119]) Diese Jahresfrist ist eine Präclusivfrist; schon darum ist (§. 1481 a. b. G. B.) klar, daß sie nicht verlängert werden kann durch die Hemmungsgründe der Verjährung. Sie ist auch nicht etwa eine jener Fristen (wie die dreißigtägigen Fristen der §§. 967 und 983 a. b. G. B.), aus deren unbenutztem Ablauf auf einen Verzicht geschlossen werden kann oder soll. Vgl. auch die folgende Note.

[120]) Der Umstand aber, daß der Verwandte, der dem Dativvormund die Vormundschaft abnehmen will, verhindert war, sich innerhalb der Jahresfrist zu melden, kommt ihm durchaus nicht zu statten, so allgemein auch die entgegengesetzte Lehre ist, — schon *Zeiller* vertrat sie. Allein diese Combination von §. 258 i. f. mit §. 259 i. f. ist durchaus unzulässig. Im Jos. G. B. (V. §. 6) bezog sich sowohl die Jahresfrist, als auch die Möglichkeit, wegen eines die rechtzeitige Meldung unmöglich machenden Hindernisses den bestellten Vormund noch nach Verlauf des Jahres zu verdrängen, auf den nämlichen Fall, auf den Fall, daß ein Fremder oder ein entfernterer Verwandter zum Vormund bestellt wurde, und diesem nun der potior (der Verwandte oder näher Verwandte) entgegentritt. Jetzt aber handelt es sich um zwei verschiedene Fälle: der nähere Verwandte kann den entfernteren der die Vormundschaft bereits führt, nur verdrängen, wenn er gehindert war, sich rechtzeitig zu melden, wo es dann gleichgiltig ist, wie spät er reclamirt; die Jahresfrist dagegen gilt, wenn der Verwandte einen Dativvormund verdrängen will.

Ueberall aber, wo durch potioris nominatio im engeren oder weiteren Sinne oder auch von Amtswegen ein Wechsel in der Person des Vormundes veranlaßt wird, bleibt es bei der — in den früheren Gesetzgebungsarbeiten auch für diesen Fall speciell ausgesprochenen — Regel des §. 261: die wirkliche Abtretung hat erst am Ende des Vormundschaftsjahres zu erfolgen, woferne nicht das Gericht im Interesse der Sicherheit der Person oder des Vermögens des Mündels eine andere Verfügung trifft.

EKRL 6/1/28

Carl Fromme, Wien.